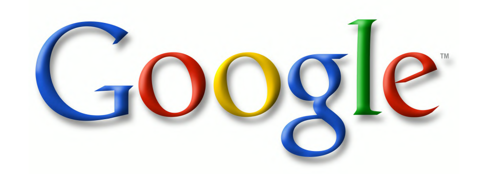
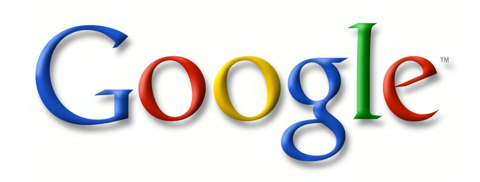
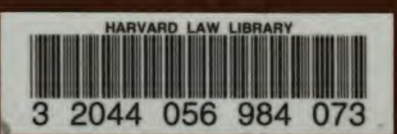
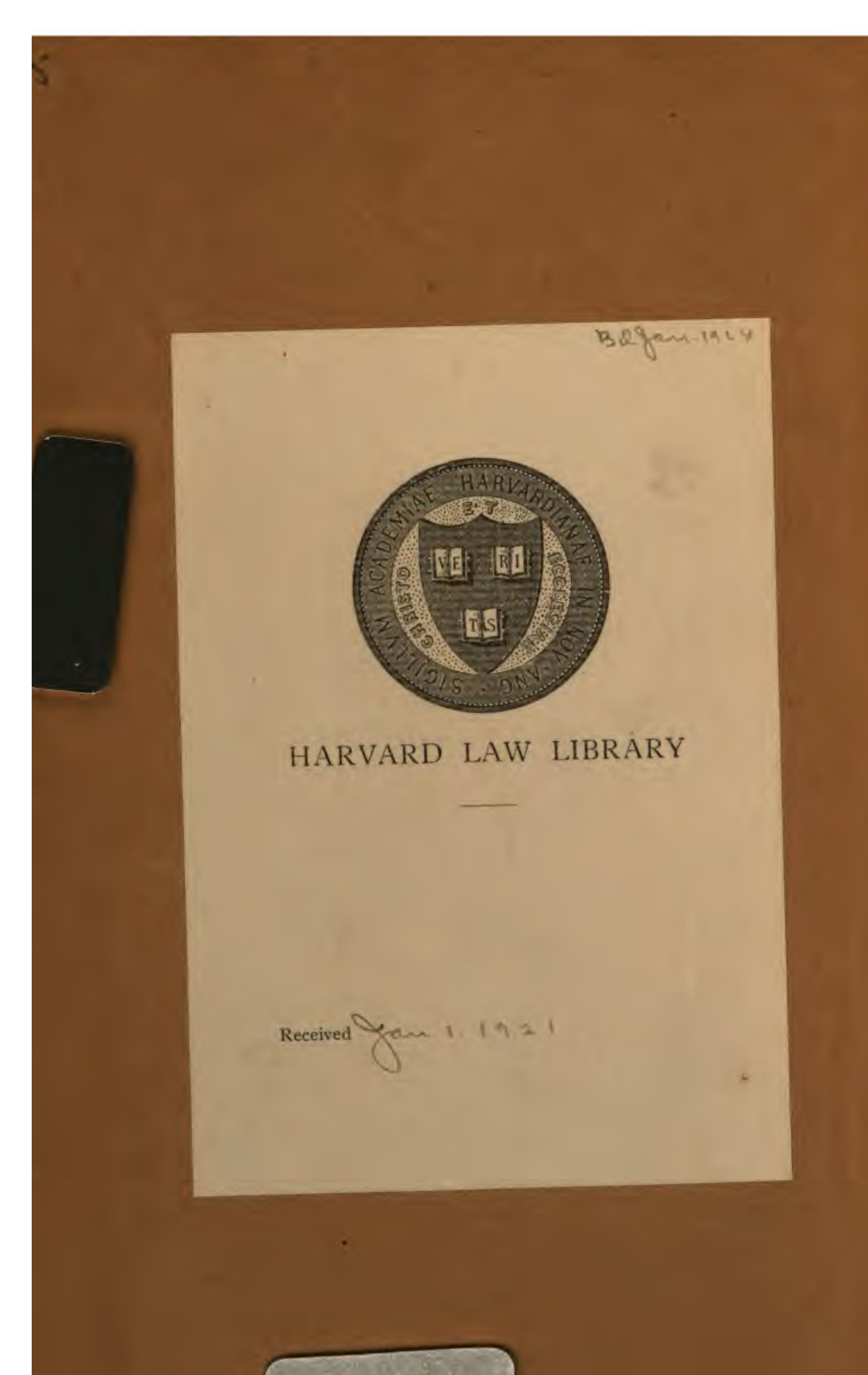





HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 984 073


B 2 Jan. 1924
HARVARDIANAE
ACADEMIAE
SIGILLVM
IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Belgium

DES

Associations Commerciales en Participation

ET DES SYNDICATS FINANCIERS

PAR

P. DE PELSMAEKER
Docteur en Droit, Licencié en Notariat
Greffier-adjoint
au Tribunal de commerce de Bruxelles



BRUXELLES
Vve Ferd. LARCIER, Editeur
26-28, rue des Minimes

PARIS
A. PEDONE, Editeur
13, rue Soufflot

1904

101

Avant-Propos

L'association en participation est une forme rudimentaire et très ancienne d'association. Elle se retrouve chez les peuples marchands de tous les temps : dans la haute antiquité en Chaldée et en Egypte; à l'époque de l'antiquité classique à Athènes et dans la Rome impériale; au temps de la renaissance commerciale des xe et xie siècles, en Italie, en France, én Allemagne, dans les pays Scandinaves.

A mesure que le commerce se développe et que les situations économiques se transforment, surgissent des organismes plus complexes : tels la commandite au Moyen-Age, la société par actions à l'époque moderne.

Quoique reléguée au second plan, la par-

ticipation, de nos jours, est encore très répandue.

Affranchie de tout formalisme et de toute publicité, elle constitue un moyen commode pour diviser entre plusieurs l'aléa d'un marché, d'une entreprise. Permettant la limitation de la responsabilité, elle offre à ses membres dans mainte circonstance, à raison du secret de son fonctionnement, du droit de répétition éventuelle des apports, des avantages plus considérables que la commandite.

Un fréquent usage en est fait dans les syndicats financiers, dont le rôle dans la création des sociétés par actions et l'introduction des valeurs sur le marché est si considérable et souvent si justement discuté.

L'importance que nous avons attachée à cet aspect moderne de la participation, explique le titre de notre Etude.

Quel est dans le silence des conventions, le régime de la participation? La loi ne le dit pas. Nous avons essayé de tracer ce régime en nous inspirant, d'une part, de la nature et des traditions historiques de la participation, d'autre part, en nous guidant par les

travaux de doctrine et surtout par les décisions de la jurisprudence.

Les règles qui gouvernent la participation étant, à peu de chose près, les mêmes en France et en Belgique, nous avons utilisé les publications des deux pays.

TABLEAU des principaux ouvrages cités et des principales abréviations

---

ALAUZET	Commentaire théorique et pratique du Code de commerce.
An. Dr. comm.	Annales de Droit commercial (de Thaller).
BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL.	De la Société, du Prêt et du Dépôt.
B. J.	Belgique judiciaire.
BELTJENS	Encyclopédie du Droit commercial belge.
BOISTEL	Précis de droit commercial.
BRAVARD-VEYRIERE et DEMANGEAT	Précis de droit commercial. — Traité des Sociétés commerciales.
DALLOZ	Répertoire alphabétique, et Supplément du Répertoire.
D. P.	Dalloz périodique.
DE LANGLE	Des Sociétés commerciales.
DELOISON	Traité des Sociétés commerciales françaises et étrangères.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Gaz. Trib.	Gazette des Tribunaux.
GOLDSCHMIDT	Universalgeschichte des Handelsrechts.
GUILLERY COM.	Commentaire législatif de la loi sur les sociétés.
GUILLERY TR.	Traité des Sociétés commerciales.

Guillouard	Traité du Contrat de société.
Houpin	Traité des Sociétés civiles et commerciales (3e éd.).
Huc	Commentaire théorique et pratique du Code civil.
Jaspar	Des Associations commerciales en participation. Paris 1887.
Journ. Soc.	Journal des Sociétés (de Houpin).
J. Trib.	Journal des Tribunaux.
J. Trib. Comm.	Journal (français) des Tribunaux de commerce.
Jur. Comm. Brux.	Jurisprudence commerciale de Bruxelles.
Jur. Comm. Fl.	Jurisprudence commerciale des Flandres.
Jur. Cour Liége	Jurisprudence de la Cour de Liége.
Jur. Port Anv.	Jurisprudence du Port d'Anvers.
Laurent	Droit civil.
Locré	Travaux préparatoires du Code de commerce.
Lyon-Caen et Renault	Traité de Droit commercial.
Namur	Le Code de commerce revisé.
Nyssens-Corbiau	Traité des Sociétés.
Pand.	Pandectes belges.
Pand. fr.	Pandectes françaises.
P. P.	Pandectes périodiques.
Pardessus	Du droit commercial.
P. ou pas.	Pasicrisie belge.
Pas. fr.	Pasicrisie française.
Pont	Traité des Sociétés civiles et commerciales.
Poulle	Traité théorique et pratique des Associations en participation, 1887.
Rev. Droit. comm.	Revue Droit commercial (de R. Smets).
Rev. prat. Soc.	Revue pratique des Sociétés (de Nyssens-Corbiau).
Rev. Soc.	Revue (française) des Sociétés (Vavasseur).
Rousseau	Des Sociétés commerciales françaises et étrangères.
Sir. ou S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts.
Siville	Traité des Sociétés anonymes.
Thaller	Traité élémentaire de Droit commercial, 2e éd.
Troplong	Du Contrat de société.
Van Meenen et De Vos	Traité des Sociétés.
Vavasseur	Traité des Sociétés civiles et commerciales. 5e éd.

CHAPITRE PREMIER

Aperçu Historique

TITRE I. — ORIGINES ET DROIT ITALIEN.

1. — La société en participation du droit moderne a son origine dans les communes italiennes du moyen-âge (1).

D'après l'opinion généralement admise (2), l'association en

(1) Consulter : GOLDSCHMIDT : *Handbuch des Handelsrechts* ; 1e Band. : *Universalgeschichte des Handelsrechts*. Stuttgart 1891, pp. 91 et s., 254 et s.

ENDEMANN : *Handbuch des deutschen Handelsrechts*, Leipzig, 1881, t. Ier, pp. 712 et s.

RENAUD : *Das recht der stillen Gesellschaften*, Heidelberg, 1885.

WEBER : *Zur geschichte der Handelsgesellschaften in Mittelalter*, 1889.

SILBERSCHMIDT : *Die Commenda in ihren frühesten Entwickelung*, 1884.

TROPLONG : *Traité des sociétés*, préface et nos 378 et s., 492 et s.

SALEILLES : Etude sur l'histoire de la société en commandite, dans les *Annales de droit commercial*, années 1895 et 1897.

VIVANTE : *Diritto commerciale*, 1er vol.

GENNARO BOSCO : Partecipatione ed accomandita nella storia del diritto italiana *(Studi e documenti de storia et Diritto)*, année 1899.

AGEO ARCANGELI : La Commenda à Venezia specialmente nel secolo XIV. (*Rivista italiana per le scienze juridiche*, année 1902, pp. 107 et s.)

AGEO ARCANGELI : *La Societa in Accomandita Simplice*, 1903.

(2) GOLDSCHMIDT. *loc. cit.* ; WEBER, *loc. cit.* ; SALEILLES, *loc. cit.* ; TROPLONG, *loc. cit.* ; VIVANTE, *loc. cit.*

Contra : GENARO BOSCO, *loc. cit.*, et AGEO ARCANGELI, dans son livre *La Societa in accomandita*.

participation et la société en commandite simple se rattachent toutes deux à un contrat, très usité à l'époque de la renaissance commerciale, le contrat de commande (1).

La pratique de la commande fut d'abord spéciale au commerce de mer.

La chute de l'empire romain, les invasions barbares, le développement de la piraterie avaient entraîné la disparition du grand commerce maritime. Comme aux temps primitifs de la Phénicie et de la Grèce, le producteur ou le marchand convoyait lui-même ses marchandises.

Vers le IX[e] siècle, le commerce maritime reprend son essor, et dans le bassin de la Méditerranée s'affirme la prépondérance commerciale des villes maritimes Amalfi, Venise, Gênes, Pise.

Ne pouvant plus suffire à tous les besoins, le marchand a recours à des auxiliaires et conclut avec eux le contrat de commande. Ce contrat suppose deux personnes : le marchand, qui reste au pays : *le stans ;* — l'auxiliaire : *le portitor* ou *tractator*, auquel le stans *confie — Cum-mandare* — des marchandises ou des deniers pour faire le trafic dans un pays d'outre-mer.

Le contrat, à son début, n'est pas un contrat de société : au point de vue économique il présente de l'analogie avec la situation existant dans l'antiquité entre le maître et l'esclave à pécule ; juridiquement il se rapproche, à certains égards, du contrat moderne de louage de services entre patron et commis intéressé.

Le tractator est un subordonné, tenu de suivre les instructions du stans ; ce dernier reste propriétaire de la pacotille et

(1) La commande n'était pas restreinte aux opérations du commerce : dans l'industrie agricole elle était connue sous le nom de cheptel ou « commande de bestiaux ».

supporte seul les risques, risques limités à la valeur des fonds remis; le stans n'aventure que ses marchandises ou les espèces, confiées au portitor : il n'engage pas sa responsabilité personnelle, car le portitor traite avec les tiers, non comme mandataire, mais en nom personnel.

Au retour de son voyage, le portitor rend compte, et reçoit, en rémunération de son concours, une partie des bénéfices nets, d'ordinaire le quart.

A côté de cette commande primitive, appelée par la doctrine commande unilatérale, parce que l'apport en capital se fait d'un seul côté, savoir, du côté du stans, apparaît de bonne heure la commande bilatérale, dans laquelle l'apport en capital est fait pour partie par le stans, pour partie par le portitor. Ce dernier apporte en outre son industrie, comme dans la commande primitive.

Les deux formes de la commande apparaissent dès le Xe siècle, elles se répandent dans toutes les villes commerçantes de l'Italie, dans les colonies italiennes de l'archipel et de l'Asie-Mineure, dans les cités méditerranéennes de la France et de l'Espagne; elles disparaissent vers le XVe et le XVIe siècle, absorbées, la commande unilatérale dans la participatio — la commande bilatérale dans l'accomandita (1).

Suivons rapidement leur évolution (2) :

2. — A la différence de la commande primitive, la commande bilatérale constitue dès le début, d'après les conceptions de l'époque, un contrat de société. Elle s'appelle *Societas*

(1) Sauf à Gênes. — Voir n° 3, *infra*.

(2) Nous indiquons les traits dominants des institutions, telles que celles-ci apparaissent dans grand nombre de villes italiennes. Le droit des municipalités de l'Italie n'est pas uniforme et il n'est pas possible de relever ici toutes les divergences.

maris et quand elle s'étend au commerce local de l'intérieur *Societas terræ*.

De simple agent subalterne qu'il était dans la commande primitive, le portitor, dans la *societas maris*, devient « dominus negotii », « capitaneus » (1). Il n'est plus au service d'un marchand déterminé ; exerçant une véritable profession, il accepte les capitaux de toutes sortes de personnes : marchands, nobles, prêtres, les deniers des églises, des veuves et des orphelins, donnant en échange une participation dans les résultats du voyage maritime ou de son commerce terrestre.

La commande primitive n'était qu'un moyen d'expansion commerciale.

La commande bilatérale est avant tout un mode de placement d'argent.

Ce qui favorise le succès de cette institution, c'est d'abord le nouveau principe juridique qu'elle apporte en matière de société. D'après le droit commun, tout membre d'une société commerciale (compagnie) était tenu d'une manière solidaire et illimitée pour tout engagement social, contracté soit par lui-même, soit par un co-associé, soit par un préposé. La *societas maris* tempère cette rigueur. Par assimilation avec la commande primitive en nature, elle limite la responsabilité de ceux de ses associés, qui n'apportent que des capitaux, au montant de leur mise ; principe fécond, dont le monde commercial apprécie toute la valeur, quand, au XIVe siècle, la déconfiture des grandes sociétés de banque provoqua d'immenses désastres (2).

Une seconde cause de succès, c'est que la commande fournit le moyen de faire fructifier les capitaux, sans encourir la

(1) Terme usité à Pise. Voir Weber, *loc. cit.*

(2) Cpr. Troplong, préface, pp. 26 et s.

censure des lois canoniques concernant l'usure, ou le prêt à intérêt. La commande n'a jamais été considérée comme un contrat usuraire. (1)

La *Societas maris* est une société à responsabilité limitée pour certains de ses membres ; mais elle n'est pas une société publique, existant *erga omnes*. Comme la *Societas* du droit romain, elle se concentre dans les rapports intérieurs entre associés. Aux yeux du tiers, le gérant apparaît seul, traitant non au nom d'une société, mais en nom personnel. En cas de déconfiture du gérant, créanciers et associés sont placés sur le même pied.

Les associés, bailleurs de fonds, et les créanciers sociaux s'insurgent contre cette organisation, et réclament des garanties spéciales. Pour leur donner satisfaction, on introduit le principe de la séparation des patrimoines (2), en considérant le fonds social comme un patrimoine propre, distinct du patrimoine personnel du gérant, affecté par préférence au paiement des dettes sociales. Cette conception de la séparation des patrimoines, vague et imprécise dans le droit primitif de Gênes, apparaît de bonne heure, d'une manière nette, dans le droit de Pise (3).

D'après le Constitutum Usus de Pise (XII[e] siècle), en cas

(1) SAINT THOMAS. *Summa Theologica*, t. IV, Sec. secundœ, quest. 78, art. 2o, défend la liceïté du contrat de commande, qu'il désigne par les mots : committere pecuniam suam vel mercatori vel artifici per modum societatis cujusdam.

(2) Nous disons : le principe de la séparation des patrimoines et non pas de la personnalité juridique des sociétés commerciales. Cette dernière notion était inconnue dans l'ancien droit commercial de l'Italie. (WEBER, *loc. cit.)* et pour l'ancien régime français, voir SALEILLES *(Annales Droit commercial*, 1897, *loc. cit.)*.

(3) WEBER, *loc. cit.*, pp. 33 et 103.

de conflit entre les socii et les créanciers personnels du gérant, les premiers ont sur le fonds social, *in rebus societatis*, le pas sur les seconds. En cas de conflit entre les socii et les créanciers sociaux, *creditores henticæ*, ceux-ci ont sur la « hentica » la préférence vis-à-vis des socii.

Il est facile néanmoins aux socii de rendre illusoire le privilège des créanciers sociaux. Il leur suffit de faire inscrire leurs versements sur les livres commerciaux du gérant, comme étant faits, non à titre de mise sociale, mais à titre de prêt.

Pour déjouer cette fraude, on étend à la société l'obligation de publier l'acte constitutif, obligation en vigueur depuis longtemps pour les sociétés collectives (1).

La loi florentine de 1408 ordonne que les noms des commandantes et de l'accomandatarius, le montant des mises des commandantes, la date du contrat soient portés aux registres de la corporation des marchands. Une publicité analogue est prescrite par les statuts des marchands de Lucques (année 1554), la loi de Bologne du 28 mai 1583, l'édit de Rome de 1526, les statuts de Sienne de 1644.

La commande bilatérale est arrivée à la dernière phase de son évolution : elle apparaît comme société publique, existant vis-à-vis de tous, sous le nom de *accomandita*.

Cette accomandita a une raison sociale : elle comprend un associé indéfiniment responsable et des associés responsables seulement à concurrence de leur mise; elle doit être portée au registre de la corporation marchande, à peine, pour les commanditaires, de perdre le bénéfice de la responsabilité restreinte; elle comporte un patrimoine social indépendant :

(1) GOLDSCHMIDT, p. 277, note 145.

la commandite des temps modernes est définitivement créée (1).

3. — Pendant que la commande bilatérale se développe et se transforme, la commande unilatérale n'a pas disparu : elle aussi s'est transformée, mais d'une manière plus silencieuse ; elle a pris un nom nouveau : la Participatio ; et au contact de la commande bilatérale, elle s'est dépouillée de son caractère juridique primitif, pour adopter elle aussi le caractère de contrat de société : « Participatio aux societas (2) ».

(1) En ces derniers temps, deux jurisconsultes italiens : M. l'avocat Bosco (Etude citée, p. 7, note) et M. le professeur Ageo Arcangeli (livre cité, p. 7, note), ont soutenu que la commandite ne provient pas de la commande : mais qu'elle a été créée, d'après Bosco, par la loi florentine de 1408, d'après Ageo Arcangeli par la pratique commerciale pour réagir contre la responsabilité solidaire de la compagnie ou société collective. L'examen de cette controverse ne rentre pas dans notre cadre.

(2) M. l'avocat Bosco (étude citée) soutient que la participation n'a aucun lien avec la commande. Il prétend que comme institution juridique, la participation est une conception du génie pratique gênois, en vue d'atténuer la responsabilité solidaire qui, d'après le droit commun, pesait sur tout associé commercial.

Cette opinion nous paraît erronée.

D'abord, la participation n'est pas une *création* essentiellement gênoise. La participation est mentionnée, dès 1305, dans le droit de Pise (breve dei consoli), et, dès 1374, dans des lois de Venise (Cp. GOLDSCHMIDT, p. 270, note 125).

Les documents juridiques de Gênes, qui la mentionnent, sont postérieurs en date.

En outre, même à Gênes, il était possible, au XVIe siècle, pour les membres d'une société collective, de limiter leur responsabilité sans recourir à la participation. Les statuts de 1589 (liv. IV, chap. 12), après avoir parlé des participes « quorum nomen non expenditur » parle des « socii expendentes nomen, qui non administrant », et ils déclarent que ces socii non gerants, « non tenentur de administratis per alios ». Le principe

La participatio se rencontre dans des statuts et les lois des différentes villes : notamment, de Pise, Venise, Bologne (1); mais son principal centre de développement se trouve à Gênes.

Gênes connut deux grandes espèces de sociétés commerciales privées : la Compagnie, ou Société collective, — Société qui avait absorbé la commande bilatérale (2) — et la Participatio, qui remplissait à Gênes les fonctions que la commandite remplissait à Florence et dans d'autres villes.

La Participatio gênoise apparaît avec deux caractères distinctifs, dont le premier rappelle l'étroite parenté entre la participatio et la commande, et dont le second a perduré dans presque toutes les législations modernes : *a*) Responsabilité du particeps limitée vis-à-vis de ses coassociés au montant de sa mise; *b*) Irresponsabilité absolue du particeps vis-à-vis des tiers.

Le droit gênois exerça une influenee prépondérante sur le droit commercial de l'Italie et de la France.

Aussi en examinant la participatio, telle qu'elle s'est trouvée définitivement constituée en Italie vers le XVI[e] siècle, nous attachons-nous particulièrement à la participation de Gênes.

de la responsabilité illimitée n'était donc plus tellement absolu, que pour l'éviter il fallait recourir à la création d'une nouvelle forme de société.

(1) Les statuts de la Corporation des Marchands de Bologne (année 1583) indiquent à côté de la Compagnie (ou Société collective) deux formes de Sociétés : la Compagnia secreta (ou participation) et la Compagnia palese (ou commandite). Cette dernière devait être enregistrée dans le registre de la Corporation.

(2) ARCANGELI, Etude : « La commenda à Venezia specialmente nel secolo XIV », *Rivista italiana per le scienze juridiche*, 1902, p. 142 et note.

4. — La participation dans le droit italien et spécialement à Gênes.

A. — Dans les rapports entre les coparticipants, *la participatio* est considérée comme constituant une société : *societas est enim participatio lucri et damni* (1), mais elle forme une société restreinte : *societas particularis, restricta et limitata* (2).

Le bailleur de fonds ou particeps n'est pas un associé au sens complet du mot, car il n'existe pas comme tel au regard des tiers : *Particeps est socius damni et lucri, non per omnia socius* (3).

Il doit réaliser son apport. Cet apport passe dans le patrimoine du gérant et ne confère au particeps aucun droit de copropriété : *neque in jure formali negotii considerantur condominii, sed solum sunt participes* (4).

Le particeps n'a pas le droit de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise; il n'a le droit que d'en connaître les résultats. *Exclusi participes a potestate administrandi tam respectu portionum alienarum quam ratœ suœ* (5).

Le participant peut inspecter les livres, et a droit d'obtenir des comptes à la fin de l'opération, ou aux périodes convenues.

Il doit contribuer aux dettes, mais sa contribution est limitée au montant de son apport : *Participes non tenentur, nisi pro summa quam exposuerunt in societate* (6).

(1) Decisiones Rotœ Genuœ (*Jurisprudence de la Rote de Gênes*), par STRACCHA, 1669. Décis. XLVI, principe.

(2) Id., XIV (84).

(3) Id., XXXIX (6).

(4) DE LUCA : *Discursus legales*, n° 38.

(5) Décisiones, XIV (61).

(6) Id., XIV (110).

La société finit par les causes qui dissolvent toute société : la renonciation, si aucun terme n'a été stipulé, la mort, à moins que la convention n'ait prévu la continuation avec les héritiers (1), la faillite, la déconfiture, etc.

B. — Vis-à-vis des tiers. — Le gérant de la ***participatio*** traite en nom personnel, ***nomine proprio***, et n'oblige que lui. Le participant est irresponsable à l'égard des tiers. De lui aux tiers il n'existe pas d'action directe, ni activement, ni passivement. « ***Neque participes***, dit Casaregis, ***agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent a creditoribus*** » (2). Opposant le particeps au socius, la Rote de Gênes déclare (3) : « ***Socius agit contra sociales debitores » et a socialibus creditoribus convenitur : si vero Socius quis » non sit, ut quia particeps... ex quo debitores aut creditores » sociales secum non contraxerunt, talis non agit, nec conve- » nitur.*** »

Les tiers ne peuvent poursuivre le participant que par l'action oblique, exerçant les droits et actions du gérant, leur débiteur (4).

Pour jouir de l'irresponsabilité vis-à-vis des tiers, il faut, mais il suffit, que le particeps ne laisse pas figurer son nom dans la raison sociale — ***nomen non expendere*** — et qu'il ne paraisse pas comme partie aux contrats passés par le gérant :

(1) Decisiones, LXXI, principe.

(2) CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*. Ed. de Venise. 1740, Disc XXXIX, nos 30 et s.

(3) Déc. XXIX, no 9.

(4) Cfr. DE LUCA, *De Credito*, no 88 : « *Contra participem nulla datur actio, neque intrat regulam ut obligatio, contracta per socium afficiat consocium. Creditori alia non datur nisi obliqua, ex persona proprii et directi creditoris.* »

neque contrahere, nec quicquam gerere (1). Pas n'est besoin que le particeps cache aux tiers l'existence de la participation; et, en fait, loin de faire mystère des conventions de participation, les maisons de commerce s'empressent de les porter à la connaissance du public, en mentionnant, dans leurs imprimés commerciaux, les noms de leurs participants : *con participatione di N... o N...* (2). Cette publicité de fait n'altère pas la situation juridique du participant.

TITRE II. — ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

5. — Les usages et institutions commerciales de l'Italie furent répandus dans toute l'Europe, et notamment en France, par les marchands Lombards, qui apparaissent dans les grandes foires, et qui, dans un grand nombre de villes, fondent des maisons de banque et des comptoirs de commerce.

Dans une ordonnance du 9 juillet 1315, le roi Louis X déclare : « Item lesdits marchands italiens, pour commande » qu'ils feront ensemble l'un avec l'autre, ne seront par nous, » ni par nos gens, repris ni approchiez de cas d'usure. »

Les sociétés, créées par les Lombards, passent par des phases diverses : tour à tour tolérées et proscrites, protégées et dépouillées par les pouvoirs publics, elles sont de par l'ordonnance de Blois de 1579, soumises à l'obligation de la publicité.

(1) *Decis Rotæ Genuæ XLVI.*

(2) Peri, *Il negotiante.* Venise, 1682. Parte IV, Cap. III, p. 4; Ageo Arcangeli, *La Societa in accomandita,* p. 55; Fremery, *Etudes de droit commercial,* Paris, 1833, p. 38.

« Et voulons que toutes compagnies déjà faites ou qui se » feront ci-après entre les dits étrangers, estant dans notre » royaume, soient inscrites ou enregistrées aux registres des » baillages, sénéchaussées et hostels communs de villes, où » ils seront tenus nommer et déclarer tous leurs participans » et associez sous peine de faux, ordonnant que ceux qui » auront des banques et sociétez ne pourront avoir aucune » action l'un contre l'autre, s'ils n'ont fait faire l'enregistre- » ment ci-dessus. »

Cette ordonnance ne définit ni l'associé, ni le participant. Il est certain néanmoins, qu'elle ne vise pas le particeps italien, car elle impose l'inscription des noms sur les registres publics. En réalité, le législateur emploie une expression incorrecte, confond la participatio et la commandite.

L'ordonnance de 1673, donnée par Louis XIV pour le commerce de terre, renouvelle l'obligation de la publicité, obligation tombée en désuétude (1).

L'ordonnance réglemente deux formes de sociétés : la société collective et la société en commandite (2).

La commandite est détachée de la participation et placée au rang des sociétés publiques. Toutefois, cette séparation, créée par l'ordonnance entre la commandite et la participation, n'est pas en harmonie avec la réalité; et, dans la pratique des affaires, et même sous la plume des juristes (3), les deux formes de société se confondent très souvent. Cette confusion s'explique, d'ailleurs, facilement.

Dans l'ancien régime, presque aucune commandite ne fut

(1) Viollet. *Précis de l'Histoire du droit français*, p. 653.

(2) A côté existaient, outre la participation, de grandes compagnies par actions, créées par les pouvoirs publics. (Troplong. *Préface*, pp. 28 et s.)

(3) Cfr. le modèle de commandite donné par Savary, t. Ier, p. 391.

publiée. D'une part, la commandite était, de par la loi, dispensée de la publicité, du moment qu'elle comprenait, ne fut-ce qu'un seul associé non-commerçant. D'autre part, les commerçants, malgré les prescriptions de l'ordonnance, négligèrent de publier les commandites créées entre eux, encouragés qu'ils étaient par la jurisprudence, qui se refusait à frapper de nullité les commandites non enregistrées (1).

Cette non-publication de la commandite faisait disparaître le meilleur criterium de distinction entre celle-ci et la participation, car, si la commandite des communes italiennes, tout comme la commandite moderne, avait une raison sociale — la commandite française, au moins à l'origine, n'en avait pas. La commandite faisait le commerce sous le nom propre et personnel du gérant (2), tout comme la participation.

Cet état de choses donna lieu aux mêmes abus qui s'étaient manifestés en Italie aux XIIIe et XIVe siècles : des commanditaires cachant frauduleusement leur qualité d'associés, et opérant, en cas de faillite du gérant, la retraite de leur mise en tant que créanciers.

Savary (3) le reconnait : mais il estime qu'il n'y a pas moyen de déraciner l'abus, sans indisposer et éloigner les bailleurs de fonds habituels des commandites : les nobles ou gens de robe, qui voyant dans le commerce une cause de dérogeance, tenaient à cacher leur intervention dans les affaires mercantiles.

(1) GUYOT. *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Paris 1785. v^o^ *Société* ; — VIOLLET, *loc. cit.*, p. 653.

(2) SAVARY. T. Ier, p. 356. — Plus tard la pratique commerciale introduisit dans la commandite l'usage de la raison sociale.

(3) SAVARY. *Le parfait négociant*, Paris, 1790, t. Ier, p. 367.

6. — La société en participation, dont l'ordonnance de 1673 ne fait aucune mention, était connue dans l'ancien régime sous le nom de « Société anonyme », « compte en participation », « société momentanée ».

« Il faut savoir, dit Savary, qu'il y a trois sortes de » sociétés (1) :

» La société générale ou en nom collectif...

» La société en commandite...

» La troisième est celle qu'on appelle anonyme...

» Elle s'appelle ainsi parce qu'elle est ***sans nom***, et qu'elle » n'est connue de personne comme n'important de façon quel- » conque au public : tout ce qui se fait en la négociation, tant » en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les » associés chacun en droit soi, de sorte que celui des associés » qui achète, est celui qui s'oblige et qui paie au vendeur ; celui » qui vend, reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous » deux ensemble envers une tierce personne ; il n'y a que celui » qui agit, qui est le seul obligé : ils le sont seulement récipro- » quement l'un envers l'autre en ce qui regarde cette société ; il » y en a qui sont verbales, d'autres par écrit ; les conditions en » sont souvent bien brèves, n'y ayant qu'un seul et unique » article, et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles » sont faites. » Ces principes sont reproduits par Bornier et Jousse, dans leur Commentaire de l'ordonnance de 1673 (2) et par Pothier dans son traité sur le contrat de société (3).

(1) SAVARY. *Le parfait négociant*, Paris, 1790, t. I, pp, 345 et 368.

(2) JOUSSE, *Nouveau commentaire sur les ordonnances des mois d'août 1669 et mars 1673* (nouv. édit., Paris, 1761), 2e partie, p. 41 et s.; BORNIER, *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce*. Paris, 1767. T. IV, *Des sociétés*, pp. 57 et 70.

(3) POTHIER. *Du contrat de société.*

7. — Quels caractères revêt la participation dans l'ancien droit français?

A. — La participation, considérée au point de vue interne, c'est-à-dire dans les rapports des participants entre eux, constitue, de l'avis de tous les juristes, un contrat de société.

Cette société, de même que la Participation italienne, n'implique pas nécessairement l'existence d'un fonds commun, indivis entre ses membres, mais seulement l'existence d'un compte de bénéfices et de pertes. « Tous les associés travaillent chacun en leur particulier, sans que le public soit informé de leur société, et ils se rendent ensuite compte les uns aux autres des profits et des pertes, qu'ils ont faits dans leur négociation (1). »

La participation a perdu dans l'ancien régime français, un de ses caractères originaires.

Dans l'ancienne commande, comme dans la participation gênoise, la responsabilité du participant, vis-à-vis de ses coassociés, était limitée au montant de sa mise. L'ancien droit français n'admet la limitation de responsabilité qu'au profit du commanditaire et la refuse au participant. « Dans la société anonyme, dit Pothier, l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société (2). »

B.—Au point de vue externe, c'est-à-dire au regard des tiers, la participation n'a juridiquement aucune existence; elle est « inconnue »; les participants sont irresponsables : seul l'associé qui a traité en nom, est obligé. Il n'est de nulle impor-

(1) Savary des Bruslons : *Dictionnaire universel du Commerce*, Amsterdam, 1726, t. II, v° *Société*.

(2) Pothier, *Contrat de société*, n° 63; Guyot, *l. c.*, *id.*

tance qu'en fait les tiers aient connu l'existence de la participation.

Ils n'ont contre les participants « dont ils n'ont pas suivi la foi », c'est-à-dire avec lesquels ils n'ont pas traité, ni action solidaire ni action personnelle. « Supposez, dit Savary, » que le marchand acheteur fasse faillite, et que son vendeur » ait su depuis la vente que le marchand de Paris participait » à l'achat pour la moitié, ce marchand vendeur n'aura » aucune action ni personnelle, ni solidaire contre le mar- » chand de Paris, quoique ce soit une société (1). »

Le participant bénéficie de l'irresponsabilité vis-à-vis des tiers, même au cas où depuis la conclusion du marché par le gérant, il s'est dévoilé pour donner des instructions relatives à l'exécution du contrat (2).

Si les participants traitent conjointement avec le gérant, ils sont solidairement tenus. Si plusieurs, dit Rogues, achètent ensemble en société, ils sont solidaires (3). Jousse affirme le même principe (4).

C. — La participation possède-t-elle un troisième caractère, consistant en ce que sa durée est éphémère, son activité restreinte à une ou quelques opérations déterminées (5)?

On doit reconnaître que les modèles de participation donnés par les auteurs, concernent souvent des opérations isolées; que la participation est qualifiée parfois de société momentanée; toutefois cependant, il n'est dit nulle part que la société anonyme doit nécessairement et toujours avoir un

(1) Savary, t. II, *Parere*, 65, pp. 507 et s.

(2) Savary, *l. c.*

(3) Rogues, *Jurisprudence consulaire*, t. II, p. 240.

(4) Jousse, *l. c.* p. 54.

(5) Sic. Saleilles, *l.c.*

objet restreint : il est dit seulement que c'est « souvent » le cas (1). Pour Pothier la société momentanée n'est qu'une variété de la participation, une des modalités sous lesquelles cette association se révèle (2) ; et Savary, dans ses Parères parle d'une participation qui a pour objet l'exercice d'un commerce continu de vins et d'eaux-de-vie (3).

Ceci démontre, que dans l'ancien régime, la durée de la participation, l'étendue de son objet sont choses secondaires ; la participation est essentiellement une société clandestine, elle *peut* être momentanée, mais ne l'est pas nécessairement.

TITRE III. — CODE DE COMMERCE DE 1808.

8. — Telle était la conception de la participation au moment de la rédaction du Code de commerce. Reprenant et complétant l'œuvre de l'ordonnance de 1673, le Code, en vue de détacher définitivement la commandite de la participation, prescrit que toute commandite généralement quelconque soit publiée, peu importe la profession des fondateurs.

(1) *Dictionnaire universel du commerce* par Jacques SAVARY, continué par son frère Philippe SAVARY, t. II, v° *Société*, p. 1. « La société anonyme s'appelle aussi momentanée parce que *souvent* elle ne dure qu'autant de temps qu'il en faut pour acheter et pour partager les marchandises. »

JOUSSE. *Nouveau Commentaire*, p. 61. « Comme ces sociétés n'ont *souvent* pour objet qu'une seule entreprise, elles ne durent que le temps qu'il faut pour faire l'achat ou la vente et le partage, ce qui se fait qu'elles sont appelées sociétés momentanées. »

(2) POTHIER, *l. c.*, nos 61 et 62.

(3) SAVARY, t. II, *Parere* 55, p. 469.

En ce qui concerne la participation, le Code en parle, mais d'une manière laconique (1), montrant par ce laconisme même qu'il n'innove rien, mais se borne à accueillir le contrat de participation, tel qu'il a été créé par l'ancien régime.

Le laconisme du Code, autant que les déclarations faites dans les discussions préparatoires par certains orateurs, qui laissant dans l'ombre le caractère historique de la participation — sa clandestinité — se sont plu à mettre en relief un caractère accidentel — à savoir sa courte durée (2), donnèrent lieu à une controverse très vive quant à la nature de la participation.

D'aucuns estimaient que la participation se distinguait des autres associations, par la courte durée de l'entreprise et le nombre restreint des opérations, engagées pour compte commun.

(1) Le Code de commerce consacre à la participation les articles suivants :

Art. 47. — Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

Art. 48. — Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

Art. 49. — Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

Art. 50. — Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

(2) Locré, xi, 22. — xiv, 18. — xix. — xx, 5. — Cpr. Deloison, t. II, p, 548. Rapport Pirmez, loi 18 mai 1873 dans Guillery, Comm., II, nº 73.

D'autres, à la suite de Troplong (1), prétendaient avec raison que le caractère distinctif de la participation était sa clandestinité : la participation est avant tout une société occulte : le participant principal traite en nom personnel : il s'abstient de découvrir ses cointéressés : vis-à-vis des tiers il n'y a pas de société; entre les associés il y a un réglement de compte purement intérieur.

Ce dernier système finit par prévaloir. — Il fut consacré en Belgique par un arrêt de la Cour de cassation (2); il fut admis par la Cour de cassation de France le 21 mars 1876, et par divers arrêts subséquents (3). En France, où les participations continuent à être régies par le Code de commerce de 1808, la jurisprudence de la cour de cassation est universellement suivie.

TITRE IV. — LOI BELGE DU 18 MAI 1873 ET LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

9. — La loi belge du 18 mai 1873 (4) définit la participation et donne à cette association son caractère historique. Dans le système de la loi, la participation est une association juridi-

(1) TROPLONG, nos 495 et s. — Rapport PIRMEZ, *loc. cit.*

(2) Cass., 29 novembre, 1861, *Pas.* 1862, I. 85.

(3) Cass. fr. 21 mars 1876. DALL., 76, I. 198.
» 30 juillet 1877, SIR., 1877, I, 473.
» 26 août 1879, SIR., 1879, I. 454.
» 10 déc. 1895, SIR., 1899, I, 518.
» 5 févr. 1901, SIR, 1902, I, 405.

(4) Articles de la loi belge :

ART. 2. — La loi reconnait cinq espèces de sociétés commerciales.

ART. 3. — Il y a en outre des associations commerciales momentanées

quement inexistante vis-à-vis des tiers. Le gérant traite en son seul et privé nom ; il ne traite ni sous une raison sociale, ni comme mandataire d'autres personnes.

A côté de la participation, le législateur crée une association nouvelle : « l'association momentanée ». Celle-ci diffère de la participation : *a)* en ce qu'elle n'est pas clandestine : les associés traitent conjointement avec les tiers, sans toutefois traiter sous une raison sociale, *b)* en ce que sa durée est nécessairement « limitée à une ou plusieurs opérations déterminées ».

et des associations commerciales en participation, auxquelles la loi ne reconnait aucune individualité juridique.

Art. 3.— Les associations momentanées et les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

Art. 14. — Les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les sociétés.

Art. 108. — L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées.

Les associés sont tenus solidairement envers les tiers, avec qui ils ont traité.

Art. 109. — L'association en participation est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations, qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom.

Art. 110.— Les associations momentanées et les associations en participation ont lieu entre les associés, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre eux.

Art. 125. — Les associés momentanés seront assignés directement et individuellement.

Il n'y a entre les tiers et le participant, qui s'est tenu dans les termes d'une simple participation, aucune action directe.

Cette dualité, créée en 1873, à raison des controverses antérieures quant à la nature de la participation, n'a pas de raison d'être maintenue.

Telle qu'elle a été créée en 1873, l'association momentanée, quoi qu'en ait dit Pirmez (1), n'a pas d'antécédents historiques. La société momentanée de l'ancien régime n'était pas une association d'une nature spéciale, mais une modalité de la participation.

D'autre part, le rôle que joue l'association momentanée peut être rempli, et l'est actuellement souvent, par la participation.

La participation — la loi le prévoit — peut avoir plusieurs gérants. Si ces gérants traitent conjointement, comment sont-ils tenus? La loi ne le dit pas d'une manière expresse; mais la doctrine, considérant que ces participants conjoints font acte d'associés momentanés, les traite comme tels et les oblige solidairement (art. 108). Ne suffirait-il pas de maintenir le principe de l'obligation solidaire consacré à l'article 108 pour le cas où les participants traitent conjointement? — Et ce principe établi, l'association momentanée, comme forme distincte d'association, ne pourrait-elle être supprimée sans inconvénient?

Une dualité analogue à celle qui a été créée en Belgique, existait jadis en Allemagne. Elle a disparu avec le nouveau Code de commerce, qui n'a maintenu que l'association tacite correspondant à notre participation *(Stille gesellschaft)* (2).

10. — Dans presque toutes les législations modernes, la participation apparaît sous le même aspect. Elle est une société occulte, juridiquement inexistante vis-à-vis des tiers (Code de commerce allemand, articles 335 et s.; Code italien, 233 et s.; Code espagnol, 239 et s. ; Code hollandais 57 et 58 ; Code

(1) V. rapport PIRMEZ-GUILLERY, *Commentaire législ.*, II, n° 73.

(2) La dualité existe encore dans le Code autrichien, articles 250 et s.

portugais, 224 et s.; Code hongrois, 62; Code autrichien, 165 et s.; Code fédéral des obligations de la Suisse).

En France et dans le grand-duché de Luxembourg, la participation se trouve sous le régime de l'ancien Code de commerce de 1808. Sa situation juridique est la même qu'en Belgique.

Le Code allemand et le Code autrichien contiennent une organisation détaillée : ils règlent la propriété des mises, les droits des participants, la contribution aux pertes, la situation des participants en cas de faillite du gérant, etc. Cette réglementation est de nature à prévenir la plupart des contestations auxquelles, en Belgique et en France, la participation donne lieu.

En Angleterre la législation est différente de celle du continent : le participant qu'on appelle *sleeping* ou *silent partner*, est tenu personnellement et solidairement envers les créanciers, dès que ceux-ci parviennent à prouver sa qualité d'associé. La loi distingue d'ailleurs de la société, certaines situations, dans lesquelles une personne participe aux bénéfices, sans acquérir la qualité d'associé (1).

---

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 64 et 65.

CHAPITRE DEUXIÈME

Définition. — Caractères. — Propriétés.

11. — L'article 109 de la loi du 18 mai 1873 définit l'association en participation « celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom ».

Cette définition contient les deux caractères distinctifs de la participation :

A. — Au regard des tiers, elle est une société occulte;

B. — Entre associés, elle se réduit à une communication de profits et de pertes; elle ne comporte pas, en principe, de patrimoine social indépendant.

Examinons ces deux caractères :

12. — *Premier caractère.* — La participation est occulte.

Dans la participation, il y a l'associé en nom, qui traite avec le public, et des participants, juridiquement inconnus des tiers.

L'associé en nom ne traite ni au nom d'une société, ni comme mandataire d'autres personnes : il doit traiter en nom personnel, agir comme s'il n'avait pas d'associés, comme s'il était seul : stipuler pour lui, n'engager que lui.

Les participants, qui existent à côté de l'associé en nom, doivent juridiquement rester inconnus des tiers, s'abstenir

de contracter conjointement avec le gérant, de paraître soit en personne, soit en tant que mandants, dans les contrats passés par lui.

En outre, tous, participants et gérant, doivent s'abstenir de faire usage d'une raison sociale. La raison sociale est le nom commercial d'une société, personne civile : elle est le signe révélateur de la responsabilité solidaire des associés. Son emploi est interdit à toute association commerciale proprement dite. Un texte exprès le déclare pour les associations momentanées (art. 108). La même interdiction, les travaux préparatoires l'attestent, frappe les associations en participation : « Si l'association en participation, dit le rapporteur Pirmez, peut avoir pour but de faire un négoce suivi, elle rejette non seulement *toute firme sociale*, mais, dans le sens plus étendu, tout ce qui serait l'indice d'une action collective (1). »

Interdiction de l'action conjointe ou collective.

Interdiction de l'emploi d'une raison sociale.

Voilà ce qu'implique la nature occulte du contrat.

Que si le participant agit conjointement avec le gérant, il est tenu solidairement avec lui vis-à-vis des tiers.

Que si le gérant ou un participant fait usage en public d'une raison sociale, la participation n'est qu'une participation de nom ; en réalité, elle constitue une société en nom collectif, susceptible d'être déclarée nulle pour inobservation des formalités d'écrit ou de publicité, susceptible d'être mise en état de faillite.

A raison des conséquences graves qu'entraîne la mécon-

(1) PIRMEZ. *Rapport Guillery*, II, n° 29, p. 106, 2e col. ; — Cfr. PONT., *Des sociétés*, n° 1806 ; — Comm. Bruxelles, 9 août 1897, *Revue Droit Commercial*, 1897, n° 316.

naissance de ces deux interdictions, il importe de préciser de plus près ce qu'elles comportent.

13.— Et, d'abord, il ne faut pas se montrer plus rigoureux à l'égard des participations qu'à l'égard des simples particuliers.

Il est d'usage assez répandu en Belgique — et cet usage est toléré par la Jurisprudence, — que des particuliers fassent le commerce sous une firme sociale (1).

Si partant le gérant d'une participation fait le commerce, sous une firme, composée de son nom patronymique et de la formule « et Compagnie » — sans plus — ce fait, à lui seul, est insuffisant pour faire considérer l'association comme une société en nom collectif.

Mais, si à côté de l'emploi de semblable firme, se placent des actes de gestion, par lesquels les associés se révèlent comme associés au public, ou si les noms des participants figurent dans la firme à côté du nom du gérant, les tribunaux chargés de mettre en lumière la réalité juridique, ne s'arrêteront pas à la qualification erronée de participation, adoptée par les parties, mais donneront à la société sa qualification vraie.

14.— Pour rester dans la norme de la loi, la participation doit-elle rester inconnue du public?

Perd-elle son caractère, sitôt qu'en fait, les tiers parviennent à connaître son existence?

A prendre à la lettre les déclarations de certains auteurs, notamment de Troplong, la participation cesse d'être une

(1) Cf. Brux., 25 juillet 1895 ; — Gand, 24 juillet 1897 ; — Liége, 28 décembre 1899, *Revue Pratique Sociétés*, 1897, n° 768, 1898, n° 876 et 1900, n° 1099; — Comm. Brux., 1er décembre 1900, *Revue Droit Commercial*, 1901, n° 2.

participation, du moment qu'elle apparaît au jour, de quelque façon que ce soit. « La participation est occulte, essentiellement occulte. Si elle se manifeste au public... dès l'instant où elle ne reste pas concentrée dans les rapports intérieurs... elle est une société collective (1). »

Cette opinion est excessive. Elle est démentie par toute la tradition historique; elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi du 18 mai 1873.

En Italie, patrie d'origine de la participation, il était interdit aux participants de gérer ou de laisser paraître leur nom dans la raison sociale, *gerere — nomen expendere* — mais par contre, il était de pratique courante de mentionner sur les imprimés commerciaux du gérant les noms des participants (2).

Dans l'ancien droit français, Savary (3) déniait formellement toute action contre les participants avec lesquels les tiers n'avaient pas traité, et ce quoique les tiers eussent connu l'existence de la participation, que même les participants, postérieurement au contrat passé par le gérant, se fussent dévoilés aux tiers pour donner des instructions relatives à l'exécution du marché.

La valeur de ces faits historiques est d'autant plus sérieuse, que ni le Code de commerce, ni la loi de 1873 n'ont modifié les caractères constitutifs de la participation. Bien au contraire, le texte et les travaux préparatoires de la loi de 1873 révèlent, quant au point qui nous occupe, une parfaite harmonie entre la tradition et notre système légal.

L'article 14 de la loi dispense les participants de publier

(1) TROPLONG. *Société*, n° 499.

(2) Voir *supra*, n° 4.

(3) *Supra*, n° 7.

leur contrat. Cet article serait un non-sens, si toute publicité quelconque était incompatible avec la nature même du contrat.

L'article 109, qui définit la participation n'impose d'autres obligations aux gérants et aux participants que celle pour les premiers de « gérer » en leur propre nom — et celle pour les seconds de ne pas gérer, mais de se borner à prendre une part d'intérêt. Le texte n'ajoute pas que cette participation doit rester ignorée du public.

De son côté, M. Pirmez, dans son rapport à la Chambre, caractérisant le secret auquel les participants sont tenus, montre, par les termes qu'il emploie, que ce secret n'implique que l'interdiction de *contracter*. « Les participants, dit-il, ne peuvent se présenter aux tiers comme des associés » — « ils doivent s'abstenir de l'action collective » — que si « dans les associations momentanées, tous les associés traitent personnellement avec les tiers, dans les participations au contraire, les participants ne traitent ni par eux-mêmes, ni par mandataires (1). »

La clandestinité de la participation ne comporte donc pas l'ignorance de la participation par les tiers, mais seulement l'interdiction pour les participants d'agir collectivement - ou d'employer une raison sociale.

Si les participants respectent cette double interdiction, leur association peut exister, et agir à ciel ouvert : elle peut être rendue publique ; les participants peuvent se livrer à des actes de contrôle et de vérification ; ils peuvent collaborer, gérer à plusieurs, à condition que chacun agisse séparément, en son seul et privé nom.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord à cet égard (2).

(1) Rapport Pirmez. *loc. cit. passim.*

(2) Bruxelles, 24 octobre 1901, *Rev. Prat. Soc.*, 1902, n° 1323 ; —

15. — *Deuxième caractère.* — Entre associés, la participation se réduit à un compte de profits et de pertes. « Une ou plusieurs personnes, dit la loi, s'intéressent dans des opérations faites par d'autres personnes. » Cette part d'intérêt doit, comme dans toute société, être subordonnée aux chances bonnes ou mauvaises de l'entreprise. Il faut une participation de tous aux bénéfices, et une contribution de tous aux pertes. Si l'un ou l'autre de ces éléments fait défaut, le contrat ne constitue pas un contrat de société (1), ou si les parties ont voulu constituer une société, le contrat est nul (2).

16. — La communication des associés aux gains et aux

Comm. Anvers, 17 avril 1899, *Rev. Prat. Soc.*, 1899, nº 1031 ; — Cassat. 13 juin 1872, *Belg. Jud.*, t. XXX, p. 769 ; — Paris. 27 janvier 1876, DALL. PÉR., 1879, 2, 74 ; — PONT, *Des Sociétés*, t. II, nos 1796, 1797 et 1805 ; — DELOISON, nº 553. — VAVASSEUR, *Traité des Sociétés*, t. Ier, nº 315*bis* ; — HOUPIN, *Traité des Sociétés*, t. Ier, nº 245 ; — POULLE, *Traité théorique et pratique des Associations commerciales en participation*, Paris, 1887, nº 587. — VAN MEENEN et DEVOS, *Traité des Sociétés*, t. Ier, p. 152, nº 7.

(1) Cour Bruxelles, 31 janvier 1900. *Rev. Droit comm.*, 1900, nº 230.

Lorsqu'il a été expressément stipulé que l'intervention d'un bailleur de fonds se bornait à une simple avance de fonds, que la participation aux bénéfices était la rémunération de cette avance ; que le négociant traiterait uniquement en son nom personnel, que le bailleur pourrait en tous cas se retirer et ne contribuerait ni aux obligations assurées envers les tiers, et enfin que si l'essai réussissait, les parties se réservaient de s'entendre pour s'associer — il s'est formé entre parties non une convention d'association en participation, mais une convention de prêt.

(2) C'est par application de ces principes que la jurisprudence française a annulé des syndicats de garantie constitués lors de l'affaire du Panama : syndicats dans lesquels les participants ne devaient pas concourir aux pertes ou ne devaient concourir que pour des sommes dérisoires. — Cf. Cass. franç., 11 décembre 1900. *Revue soc.*, 1901, p. 126. — Voir Exposé des Syndicats du Panama. Rapport de M. Vallée, *Journal officiel*. Chambre des députés, annexe 2921, pp. 497 et s.

pertes est indispensable, mais elle est suffisante : la loi n'exige pas qu'il existe en outre entre les participants un fonds social leur appartenant par indivis.

L'histoire de la participation démontre que jamais l'existence d'un fonds social indivis n'a été exigée, comme élément constitutif de la participation.

Dans la jurisprudence italienne, la participation était une association restreinte aux bénéfices et aux pertes : *Societas restricta, damni et lucri* (1).

Il en était de même dans l'ancien droit.

« Ceux qui font ces sociétés, dit Savary, travaillent chacun de leur côté sous leurs noms particuliers, pour se rendre raison ensuite des profits et des pertes qu'ils ont faits dans leurs négociations (2). »

La jurisprudence suivie sous le Code de commerce (3) — Pirmez, dans son rapport sur la loi de 1873, répètent que la participation « n'est qu'une simple convention de gains et de pertes ».

Ainsi, tandis que dans la société civile, privée de l'individualité juridique, tout comme la participation la réalisation des apports crée une copropriété indivise entre les membres ; dans la participation cette copropriété fait défaut.

De sa nature, la participation restreint ses effets aux seuls résultats des opérations entreprises ; elle se réduit à un compte de profits et de pertes.

Ce n'est pas à dire que la participation répugne à l'existence d'un fonds commun indivis. Il faut, en cette matière, écarter toute règle absolue ou inflexible.

(1) Voir *supra*, n° 6.

(2) Voir *supra*, n° 6, et SAVARY. *Le Parfait Négociant*, t. Ier, p. 346.

(3) Bruxelles, 15 février 1861 et 2 mars 1865. *Belg. jud.*, 19, p. 763, et 25, p. 1233.

Ainsi, il n'est pas exact de dire, comme l'ont fait des décisions de justice (1), que le gérant d'une participation est nécessairement et toujours, vis-à-vis de tous, seul propriétaire des biens de la participation. Il n'est pas plus exact de soutenir, avec quelques auteurs, que dans la participation « tout est individuel, propriété, industrie (2) ».

Les participations sont dominées par le principe de la liberté des conventions. Ces conventions, dit la loi, ont lieu dans les formes, avec les proportions d'intérêt, et aux conditions convenues entre associés (art. 110 Loi belge, art. 48 Code de commerce). Partant, les participants peuvent convenir, soit que la propriété des apports restera propre à chaque associé, soit qu'elle sera transférée au gérant, soit qu'elle deviendra indivise entre tous.

Mais tandis que dans la société civile, la copropriété des mises est la règle, dans la participation cette copropriété ne constitue ni un élément essentiel ni même un élément naturel du contrat : normalement elle n'existe pas ; et dans le doute elle ne doit pas être présumée (3).

Comme le porte un arrêt récent de la Cour de cassation de France :

« Par sa nature, en l'absence de stipulations contraires, l'association en participation n'établit entre les contractants aucun lien de copropriété, susceptible de donner lieu, après la dissolution, à des opérations divisoires ; il n'existe sous ce régime ni actif ni passif social, distincts des patrimoines personnels des participants, lesquels sont seulement comptables les uns envers les autres d'opérations que, vis-à-vis des

(1) Bruxelles, 15 février 1861, B. J., XIX, p. 763.

(2) Troplong, *loc. cit.*; Van Meenen et De Vos, *sub* article 109, nº 6.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. II, nº 1060.

tiers, chacun d'eux est réputé avoir suivies en son propre et privé nom » (1).

17.— *Troisième caractère.* — La participation constitue-t-elle une société au sens de l'article 1832 du Code civil? — Partant, dans le silence des conventions, faut-il appliquer les règles du Code civil relatives aux sociétés, au moins celles d'entre elles qui sont compatibles avec la nature de la participation?

A. — A en croire une déclaration incidente, faite par M. Bara au cours des discussions de la loi de 1873, la participation ne constitue pas un contrat de société.

L'article 3 de la loi de 1873 était primitivement conçu comme suit (2) :

« Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessous, il y a encore des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation. »

M. Jacobs observa que cette rédaction, qui ne semblait admettre d'autres sociétés que les sociétés personnes civiles, était vicieuse; en effet, à côté des sociétés, personnes morales, existent les sociétés civiles, les associations momentanées et les associations en participation.

M. Bara, interrompant, déclara que les associations momentanées et en participation ne constituaient pas des sociétés; et il fit supprimer les premiers mots de l'article 3 : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus. »

Comme conséquence de cette suppression, M. Sainctelette, lors de la discussion de l'article 14, primitivement libellé comme suit : « Les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation ne sont pas

(1) Cass. fr., 7 mai 1902. DALL. PÉR., 1902, 1, p. 286.

(2) Commentaire GUILLERY, III, p. 231, nos 43 et s.

sujettes aux formalités prescrites pour les *autres* sociétés », demanda et obtint la suppression du mot « autres ».

« Les mots société et association, disait M. Sainctelette, représentent deux idées différentes, et cette signification différente était reconnue sous le Code de 1808. »

18. — Quelque catégorique que paraisse la déclaration de M. Bara, elle ne doit pas être prise à la lettre. Dans la discussion de la loi de 1873, des orateurs, et notamment M. Bara, ont à certains moments confondu deux notions entièrement différentes : la notion de la société-contrat et celle de la société-personne civile. Cette confusion donne à certaines paroles et notamment à la réplique de M. Bara un sens que ces paroles en réalité n'ont pas. Divers passages des discussions préparatoires démontrent la vérité de cette observation :

Répondant encore à M. Jacobs, M. Bara déclare (1) :

« L'honorable membre se trompe et son observation n'est pas fondée, parce que la jurisprudence n'a pas reconnu aux associations en participation *le caractère de personnalité juridique : c'est principalement là la différence qu'on a faite entre les articles 19 et 47 du Code de commerce;* à l'article 47 vous trouvez le mot « association »; à l'article 17 le mot « société ».

— M. de Brouckere (2) ayant proposé de rédiger l'article 3 comme suit : « La loi ne reconnaît aucune individualité juridique ni aux associations commerciales momentanées, ni aux associations commerciales en participation », M. Bara combat la proposition :

« L'honorable membre, dit-il, se borne à contester aux asso-
» ciations commerciales momentanées et aux sociétés com-

(1) Commentaire législatif, *loc. cit.*, p. 231.

(2) Id., *loc. cit.*, p. 393.

» merciales en participation l'individualité juridique : mais » dans la jurisprudence, on admet *ces sociétés comme emportant certaines conséquences juridiques*, et l'honorable » membre leur refuse un caractère déterminé, mais sans les » reconnaître. »

M. de Brouckere : « Je reconnais *les sociétés* mentionnées » dans l'article (trois), puisque je dis qu'elles n'ont aucune » individualité juridique. »

M. Jacobs : « L'honorable M. de Brouckere oublie, je » crois, ce dont s'occupent les deux premiers articles : nous » ne déterminons pas le caractère des sociétés : nous faisons » une énumération; *nous avons énuméré dans l'article premier les trois genres de sociétés qui ont l'individualité juridique*; *dans l'article deux, nous énumérons deux espèces* » *de sociétés qui n'ont pas cette individualité.* »

Ces extraits ne prouvent-ils pas que la différence fondamentale que le législateur de 1873 a entendu établir entre les sociétés commerciales proprement dites et les associations commerciales consiste, en ce que les unes sont constitutives d'un être moral et les autres pas? mais que jamais il n'a eu l'intention de dénier aux associations commerciales le caractère de contrats de société?

D'ailleurs, si le législateur avait eu pareille intention, eût-il, dans une loi qui s'occupe exclusivement des sociétés, réglementé des contrats (associations momentanées, associations en participation), qui, à ses yeux, ne forment pas des sociétés véritables?

Cette intention aurait dû se manifester d'une manière d'autant moins équivoque, que pour refuser à la participation le caractère de contrat de société, le législateur devait rompre avec toute la tradition et enlever à la participation un caractère que celle-ci avait toujours possédé.

En effet, les jurisconsultes du droit italien : Casaregis, Straccha, les auteurs du droit français : Savary, Jousse, Bornier, Pothier, tous ont considéré la participation comme une convention de société (1).

Telle a été aussi l'opinion des rédacteurs du Code de commerce; ils ont placé la participation au titre III, livre Ier : *Des sociétés*; dans l'article 47 et, d'une manière plus explicite, dans l'article 50 ils ont opposé la participation aux *autres* sociétés. Ils ont soumis les contestations entre participants à la juridiction spéciale des sociétés, c'est-à-dire à la juridiction arbitrale (2).

Si l'article 19 du Code de commerce n'énumère que trois sortes de sociétés : la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme, les travaux préparatoires expliquent cette anomalie.

Dans l'avant-projet du Code, on avait admis quatre espèces de sociétés (3). Plus tard la participation fut éliminée, non parce qu'elle ne constitue pas une société, mais à raison des conditions habituelles de son fonctionnement.

« Nous n'énumérons pas la participation, à côté des autres sociétés, déclarent divers orateurs, parce que les autres sociétés sont formées pour une suite d'opérations, et que la société de participation n'est qu'une association pour une affaire du moment (4). »

(1) Voyez *Introduction historique* de cet ouvrage.

(2) Voir discours Jard-Panvillier au Corps législatif : Locré, xx, nos 4 et 5; arrêt Cass. fr., 28 mars 1815, cité par Merlin, *Répertoire*, *vo Société*, section VI, § 3 no 2; Cass. fr., 7 janvier 1818, *Journal des audiences*, *C. de cass.*, XVIII, 1, 65.

(3) Locré. Discours préliminaire no 11.

(4) Locré, xix, no 7 (Exposé des motifs) — xi, no 22 (Conseil d'Etat) — viii, no 18. — Voir encore discours Defermon au Conseil d'Etat, Locré, viii, no 112.

19. — *B.* — Certains auteurs, qui refusent de voir des sociétés dans les associations en participation, prétendent qu'il manque à la participation un élément essentiel à tout contrat de société. L'article 1832 du Code civil exige, disent-ils, la mise en commun, la copropriété des apports sociaux — or cette copropriété fait défaut dans les participations.

Cette objection n'est pas fondée.

Elle attache aux termes de l'article 1832 un sens que ces termes n'ont pas et ne peuvent pas avoir.

Si, aux termes de l'article 1832, la création d'un fonds commun indivis est essentielle à tout contrat de société, il faut denier le caractère de société à toutes les sociétés, personnes civiles. Dans les sociétés, personnes civiles, il n'existe pas de copropriété, mais une propriété privative, reposant toute entière sur la tête de l'être moral. L'absurdité de cette conclusion démontre la fausseté du principe.

Non, il n'est pas vrai que l'article 1832 exige la création d'une copropriété entre associés ; mais cet article, autant que l'article 1833 qui le complète et l'explique — exige que tous et chacun des associés fassent un apport destiné à être employé « dans l'intérêt commun ». Cette condition étant remplie, le sort réservé à la propriété des apports est chose indifférente : les parties peuvent se réserver cette propriété, ou la transférer à l'un d'entre eux, ou la rendre indivise à tous.

La jurisprudence, d'accord avec presque l'unanimité de la doctrine (1) considère les participations comme des sociétés

(1) LABORI, *Répertoire de Droit français*, v° *Société*, n° 427 ; — DALLOZ Supp , v° *Société*, n° 1978; — PONT, t. II n° 1779 ; — JASPAR, p. 145 et s. — LYON-CAEN, t II, n° 1050; — HOUPIN, t. Ier, n° 245; — VAVASSEUR, n° 319; — NAMUR : *Cours de droit commercial*, t II — *Contra :* TROPLONG : *Société*, n° 500, — BRAVARD, t. Ier, p. 369.

véritables et applique à la participation les règles du titre IX du Code civil (1).

Dans un arrêt du 2 juin 1898 la Cour d'appel de Bruxelles a résolu la question d'une manière expresse (2).

20. — *Quatrième caractère.* – La Participation est une société, mais c'est une société dénuée de l'individualité juridique.

L'article 3 de la loi de 1873 le déclare ; en France le principe est de jurisprudence et de doctrine unanimes.

Il s'ensuit :

1) Qu'il n'existe pas de patrimoine social, affecté par préférence au paiement des dettes contractées pour compte de la participation. Les créanciers ont pour gage le patrimoine tout entier de la personne avec qui ils traitent : et sur ce patrimoine, tous les créanciers chirographaires sont placés sur le même pied.

2) La nature du droit de chaque participant n'est pas régie par l'article 529 du Code civil. Cet article répute mobilier le droit des associés dans les sociétés, alors même que les sociétés possèdent des immeubles. Cet article ne s'applique qu'aux sociétés, personnes civiles.

D'ordinaire, comme nous avons dit, il n'existe pas de fonds social indivis entre participants. Chaque participant a vis-à-vis du gérant, droit à une reddition de comptes, à une part de bénéfices éventuels. Ce droit est de sa nature un droit mobilier.

S'il a été créé conventionnellement un fonds indivis entre

(1) Cass. fr., 18 mai 1896. — Cour Gand, 12 janvier 1897. — Cour Liége, 11 novembre 1896. — Comm. Bruxelles, 24 décembre 1892. — *Revue Pratique des Sociétés* 1897, pp. 152, 165 et 326. — Id., année 1893, p. 46. — Voir encore Bruxelles, 6 avril 1871; Cass., 29 nov. 1861 *Bel. Jud.* 1871, p. 625 et 1862 p. 25.

(2) *Pasicr.* 1899, 2, 7.

associés, le droit de chaque associé participe de la nature des biens sur lesquels il porte.

3) Si des procès s'engagent relativement aux opérations faites pour compte de l'association, ces procès, pour être recevables, ne peuvent pas être introduits ni « au nom de la participation » ni « au nom de X., agissant en tant que gérant de la participation » ; ils ne peuvent pas non plus être dirigés contre « la participation » comme telle.

La participation n'étant pas une personne civile, ne peut comme association, ni ester ni être attraite en justice. — Le défendeur doit connaître les personnes contre qui il est appelé à se défendre; il n'est pas permis ni d'assigner au nom de personnes non désignées dans les actes de procédure, ni d'attraire en justice une personne juridiquement inexistante (1).

4) La participation n'a pas de domicile légal. L'article 59 du Code de procédure civile, les articles 41 et 44 de la loi du 25 mars 1876 sur la compétence sont inapplicables. (Voir *infra*.)

21. — *Syndicats.* — Certaines participations modernes sont connues sous le nom de syndicat.

A. — Les deux expressions syndicat et participation ne sont toutefois pas synonymes.

Ainsi ne constituent pas des sociétés en participation :

a) Les syndicats ou unions professionnelles, réglementés en Belgique par la loi du 31 mars 1898 et en France par la loi du 21 mars 1884.

b) Les syndicats constitués pour la défense d'intérêts communs : syndicats entre riverains, syndicats d'obligataires, etc. (2).

(1) Cfr. NYSSENS et CORBIAU, *Traité des Sociétés*, nos 363 et s.

(2) BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, n° 558. — VAVASSEUR, n° 29. — GUILLOUARD, *Traité du contrat de société*, n° 68. — PANDECTES FRANÇAISES, v° *Sociétés*, nos 530 et s. — Cass. franç. 27 juillet 1880. DALL. PÉR., 1881, 1, 165. — HOUPIN, 409 et 424.

c) Les syndicats, connus dans le commerce sous le nom de « syndicats de défense des prix ». Ces syndicats se forment entre personnes exerçant des industries ou des commerces similaires. En vue de lutter contre la chute des prix, suite d'une concurrence excessive ou d'une surproduction, les syndicataires s'engagent l'un vis-à-vis de l'autre à ne pas vendre au dessous d'un tarif minimum ou au delà d'une certaine quantité de fabrication.

Très souvent ces syndicats se présentent sous les dehors d'une association en participation.

La collectivité ne se révèle pas au public : elle investit un de ses membres (ou un comité) du pouvoir de traiter pour son compte avec les tiers.

En droit, comme en fait, ces syndicats ne constituent pas des sociétés, car les intéressés ne font pas d'apport social. Sans doute, les prix de toutes les ventes sont encaissés par une seule personne : mais ces prix ne sont pas mis en commun pour en tirer bénéfice : ils ne doivent pas faire l'objet d'une exploitation sociale, mais d'une simple répartition.

La convention, formée sous les dehors d'une participation, constitue un contrat innommé ayant pour but la réalisation des produits des adhérents par l'intermédiaire d'un mandataire commun.

22. — *B.* Les syndicats financiers, connus sous le nom de « Syndicats d'émission », constituent d'ordinaire de véritables associations en participation.

Ces syndicats se proposent d'une part de garantir aux sociétés le placement de leurs titres : actions, obligations; d'autre part d'assurer aux syndicataires le bénéfice, résultant soit de la revente avec prime des titres au public, soit du courtage de placement accordé par la société émissionnaire.

Les syndicats ne fonctionnent pas au grand jour; ils restent

dans l'ombre; une ou plusieurs personnes souscrivent, achètent, revendent. Ces personnes agissent en nom personnel; aux yeux des tiers, rien ne révèle l'existence de la convention par laquelle elles sont associées avec d'autres, en vue de partager les risques et les bénéfices de l'opération.

Les syndicats financiers présentent les combinaisons les plus variées, et il est impossible d'en faire une classification précise. On peut distinguer surtout trois grandes catégories :

a) Syndicats d'achat (ou de souscription) et de revente;

b) Syndicats de vente;

c) Syndicats de placement avec prime ou de garantie.

Premier type : Le syndicat porte et sur la souscription (ou l'achat) et sur la revente des titres. Le gérant du syndicat, agissant en nom personnel, achète ou souscrit les titres de la société, pour les revendre en détail et avec prime au public.

Vis-à-vis de la société émissionnaire le gérant seul est souscripteur.

Vis-à-vis des cessionnaires il est seul vendeur.

Mais derrière lui se trouvent des associés secrets, qui portent avec lui les risques de l'entreprise, avec lesquels le gérant doit partager les bénéfices, et contre lesquels il pourra agir, pour les obliger à lui remettre soit le montant de la partie de la souscription prise pour leur compte, soit leur quote-part des pertes.

Deuxième type : Syndicat de vente. — Des souscripteurs ou des détenteurs de titres se groupent en vue de vendre leurs titres aux conditions les plus avantageuses. La revente est faite soit par l'un d'entre eux, agissant en nom personnel; soit par divers associés, traitant chacun en droit soi.

Les divers syndicataires n'aliènent pas la propriété des titres ni au profit du gérant, ni au profit des autres syndica-

taires; ils gardent la propriété des titres et ne confèrent au gérant que le pouvoir de les vendre; les bénéfices ou les pertes, résultant des réalisations, sont répartis au prorata des titres syndiqués.

Troisième type: Syndicats de garantie ou de placement avec prime. Le syndicat ne remplit que le rôle de courtier, d'intermédiaire entre la société émissionnaire et le public. Il s'engage vis-à-vis de la société, en ordre principal, à placer moyennant une commission, les titres dans le public, — en ordre subsidiaire, à prendre pour son compte les titres non placés.

Le gérant qui a traité avec la société émissionnaire en nom personnel, s'adjoint diverses personnes qui assument vis-à-vis de lui la garantie de l'opération, chacun pour un nombre déterminé de titres.

Si le public couvre l'émission, le syndicat ne lève aucun titre, et se borne à répartir le bénéfice du courtage accordé par la société. Si le public ne souscrit pas ou ne souscrit qu'une partie des titres, le syndicat doit prendre l'émission toute entière ou la partie non couverte de celle-ci pour son compte.

Ces divers types de syndicats constituent de véritables sociétés. Le tribunal de commerce de Bruxelles avait, en ce qui concerne les syndicats de vente, décidé le contraire pour la raison que les membres ne mettent pas quelque chose en commun, chacun d'eux demeurant propriétaire de ses actions (1).

Ce raisonnement était erroné. Ainsi que nous l'avons dit, l'article 1832 du Code civil n'exige nullement que les mises des associés deviennent la copropriété de tous; — il exige que les associés fassent ou s'obligent à faire un apport dans l'intérêt commun. Cet apport peut être fait en propriété ou en

(1) 15 et 22 novembre 1897, *Rev. Droit comm.*, 1897, nos 391 et 392.

jouissance; il peut ne consister que dans la qualité d'une chose.

Dans les syndicats de vente, les syndicataires, outre certaines sommes pour les frais de gestion, mettent en commun la vénalité des titres leur appartenant. Les conditions exigées à l'article 1832 sont donc réunies. Aussi la Cour d'appel de Bruxelles réforma la décision du tribunal : « Le syndicat, dit la Cour, formé pour garantir l'émission d'actions d'une société anonyme constitue une société momentanée ou en participation. En effet, les associés, souscripteurs des dites actions, les mettent en commun pour atteindre le but qu'ils se proposent et se partager ensuite les bénéfices résultant de l'émission, au prorata de leur intérêt dans l'association (1). »

D'ordinaire le syndicat n'adopte pas la forme de l'association momentanée, mais celle de l'association en participation (2).

La caractéristique de l'association momentanée consiste en ce que les divers associés agissent conjointement au regard des tiers. Or, cette action conjointe ne se rencontre pas dans les syndicats. Les syndicataires n'agissent pas tous ensemble; mais chaque syndicataire agit de son côté en nom personnel, ou, mode plus usuel, les syndicataires chargent un ou plusieurs gérants d'agir pour leur compte; le gérant traite, non au nom des syndicataires, mais en son nom propre, ne révélant pas aux tiers l'association masquée derrière lui.

Fonctionnant de la sorte, le syndicat possède tous les caractères et produit tous les effets juridiques de la participation.

(1) Cour Bruxelles, 2 juin 1898, *Rev prat. Soc*, 1899, n° 1021.

(2) *Contra :* Trib. Comm. Bruxelles, 11 janvier 1900, 11 novembre 1901. *Rev. Droit comm.*, 1900, n° 32, 1901, n° 333

Vis-à-vis des tiers, seul le gérant est tenu, les autres syndicataires sont à l'abri de toute action directe.

Que si par exception deux ou plusieurs syndicataires — tel deux gérants — agissent conjointement, il faut, dans la détermination des rapports avec les tiers, combiner les règles de l'association momentanée (art. 108) et celles de la participation (art. 125). Vis-à-vis des tiers, les syndicataires conjoints sont tenus solidairement; les autres sont irresponsables.

23. — Il importe de distinguer l'association en participation de la participation aux bénéfices, qui se rencontre dans des contrats d'assurance et dans des contrats de louage de services.

Des compagnies d'assurances font participer leurs assurés aux bénéfices.

Les assurés ne deviennent pas des associés, mais au cas où le bilan accuse un excédent favorable, ils obtiennent la ristourne d'une partie de la prime.

Dans certains contrats de louage de services, il est stipulé que l'employé, outre le traitement fixe, recevra un tantième dans les bénéfices.

Cette clause ne transforme pas l'employé en associé du patron : Entre patron et employé il y a un louage de services; rien de plus (1). L'employé reste un subalterne, soumis à l'autorité du maître, exposé au renvoi, sans aucune intervention dans la direction de la maison; le patron n'a aucun compte de gestion à lui rendre. Il doit seulement se prêter à un contrôle du chiffre des bénéfices (2).

(1) Cf. Gand, 27 janv. 1886, *Jur. comm. Flandres*, 1886, p. 57.

(2) Nyssens-Corbiau, nos 186 et s. — Lyon-Caen et Renault, t. Ier, no 291*bis*; t. II, no 59.

CHAPITRE TROISIÈME

Conditions de constitution. — Modes de preuve.

TITRE I. — CONDITIONS DE CONSTITUTION.

24. — La participation est un contrat consensuel; sa formation est immédiate : elle existe dès le moment où l'accord des volontés est parfait.

La participation doit réunir les conditions de fond, exigées pour la perfection des contrats en général, et du contrat de société en particulier. Partant, il faut le consentement de tous les associés, consentement exempt de dol (1), erreur, violence; que les parties soient capables de contracter, un objet certain et licite. Il faut, en outre, un apport fait par chaque associé, une communication de gains et de pertes, l'*affectio societatis* ou l'intention des parties de constituer une société.

La participation n'est soumise à aucune condition de forme, ni pour sa constitution, ni pour la preuve de son existence. Alors que les sociétés commerciales doivent, à peine d'une nullité au moins relative, être rédigées par écrit et être publiées; que les sociétés civiles, d'une valeur supé-

(1) Syndicat déclaré nul du chef de dol : Cour Brux., 14 juin 1899, *Revue Droit comm.*, 1899, n° 190.

rieure à 150 francs, doivent être prouvées par écrit; les participations commerciales(1) peuvent se former verbalement, et être établies par tous moyens de preuve, admis en matière commerciale (art. 5, loi 18 mai 1873).

Pouvant être créées par convention verbale, les participations sont, par le fait même, dispensées des formalités du dépôt d'acte et de publication de l'acte constitutif.

L'article 14 de la loi de 1873, stipulant que les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités des autres sociétés, constitue une superfétation (2).

L'examen des conditions de fond, que nous avons énumérées, relève des traités généraux de droit civil et des traités des sociétés. Nous nous bornons à indiquer certaines particularités de la participation.

25. — *Capacité.* — Participation entre époux.

La jurisprudence étend aux sociétés de participation, la théorie, admise par elle en matière de société entre époux (3) et décide qu'une participation créée entre époux ou entre deux époux et des tiers est nulle (4).

Pour rejeter la validité des sociétés entre époux, ou entre deux époux et des tiers, la jurisprudence se base sur deux considérations : elle estime d'abord que la convention de société porte atteinte à l'immutabilité des conventions matri-

(1) Les participations civiles restent soumises aux règles du droit civil et notamment à la disposition de l'art. 1834 du Code civil.

(2) Nyssens et Corriau, n° 590; — Namur, *Traité*, t. II, n° 856; — Guillery, *Traité*, t. Ier, n° 347.

(3) Cf. arrêt Cass. franç., 5 mai 1902, *Revue Sociétés* (Vavasseur), 1902, p. 375.

(4) Cass. franç., 7 mars 1888, *Revue Sociétés*, 1888, p. 241.

» » 27 mai 1893, *Journ. des Trib. de comm.*, 1893, p. 690.

Baudry Lacantinerie-Wahl, n° 57.

moniales (art. 1395, C. civ.); en second lieu, que cette convention, avec le contrôle qu'elle donne à chaque associé, attribue à la femme un pouvoir incompatible avec son état de soumission par rapport au mari.

A l'encontre de ces considérations, d'excellents auteurs observent : qu'en principe, il n'existe pas d'incompatibilité absolue entre le contrat de société et le contrat de mariage. Que si d'autres contrats, comme la donation et le mandat sont réguliers entre époux, il n'y a pas de raison de traiter plus sévèrement la société qui donne aux biens du ménage une valeur productive plus forte. Que, d'autre part, on ne voit pas pourquoi la femme, qui peut demander en certains cas la séparation des biens, contreviendrait davantage à la puissance maritale, en demandant compte au mari d'une administration de société. Que dès lors, en fait, il faut examiner chaque espèce particulière et n'annuler la société que lorsque, en réalité, elle a pour effet d'attribuer à la femme une indépendance contraire aux droits du mari ou de modifier les effets du régime matrimonial (1).

26. — *Objet de la participation.* — La participation peut avoir pour objet une seule affaire, une série d'affaires, ou une branche de commerce ou d'industrie.

La participation est civile ou commerciale d'après la nature civile ou commerciale de son objet. Plusieurs per-

(1) LAURENT, t. XXVI, nº 140; — SIVILLE (Suppl. Laurent), t. VII, nº 55; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nº 78; — NYSSENS et CORBIAU, nºs 37 et s.; — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, nºs 346 et s.; — LABBÉ, note SIREY, 1890, I, 49.

VAVASSEUR, *Revue Sociétés*, 1902, p. 192.

Comm. Liége, 3 nov. 1903 et 20 mars 1901, *Jur. c. Liége*, 1903, p. 309, et 1901, p. 165.

sonnes s'associent pour acheter en commun, par l'intermédiaire de l'un d'eux, des marchandises.

Si l'achat est fait, en vue de répartir les marchandises entre les associés (non commerçants), l'association est civile.

Si l'achat est fait, en vue de la revente, ou par des commerçants pour les besoins de leur négoce, la participation est commerciale.

Si l'objet, que les parties ont eu en vue, fait défaut, le contrat est inexistant (1).

Appliquant ces derniers principes à un syndicat de vente des titres, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé qu'un syndicat de vente doit être considéré comme inexistant, s'il n'a réuni qu'un petit nombre de titres. En effet, si l'on peut se demander si un léger écart entre le nombre convenu de titres et le nombre qui a été atteint, entraîne la nullité d'une pareille convention, il est certain qu'un écart important, en mettant obstacle à la réalisation du but commun poursuivi, en laissant une grande quantité de titres flottants sur le marché, a pour conséquence la nullité du syndicat, la condition fixée par tous les participants pour son existence n'étant pas remplie (2).

27. — *Objet licite.* — On a discuté la légalité des syndicats, et spécialement celle des syndicats d'émission.

Une société est à la veille de se constituer en vue d'une industrie ou d'un négoce, dont l'utilité est réelle et les chances de succès sérieuses.

Les fondateurs sont honorables, mais ils ne disposent ni du crédit suffisant, ni des moyens pour introduire l'affaire sur le marché. Des financiers se concertent, achètent ferme

(1) Arrêt Brux., 10 mars 1897, PAND. PÉR., 1897, nº 648.

(2) Arrêt Brux., 14 juin 1899, *Revue Droit comm.*, 1899, nº 190.

les titres de la société ou se portent garants de leur placement; puis, quand le succès de l'affaire s'affirme, ils écoulent les titres dans le public; comme rémunération de l'aléa qu'ils ont assumée, ils bénéficient de la plus-value, résultant de la différence entre le taux de souscription et le prix de revente. — La correction de pareille opération ne peut être contestée.

Mais à côté de ces syndicats, il s'en crée d'autres, en vue de souscrire des titres de sociétés véreuses ou d'un avenir problématique; par une réclame effrénée et des aides intéressées, ils provoquent une hausse factice; ils vendent les titres avec des bénéfices considérables, puis la valeur n'étant plus soutenue, s'effondre et le marché financier compte un désastre de plus.

Ces syndicats de pure spéculation et de spéculation malfaisante ne méritent que la réprobation.

Constitués en vue de provoquer la hausse factice des valeurs, ne tombent-ils pas sous le coup de l'article 311 du Code pénal ?

Le texte de l'article 311 vise « les personnes qui, par des moyens frauduleux quelconques, auront opéré la hausse ou la baisse du prix des denrées ou marchandises ou des papiers ou effets publics ».

Les pénalités étant de droit étroit, il n'est pas permis d'étendre aux actions ou obligations des sociétés particulières un texte qui ne vise que les marchandises d'une part, les effets *publics* d'autre part.

Si même un syndicat portait non pas sur des titres d'établissements privés, mais sur des effets publics : tels que titres d'Etat, de provinces, etc., il ne pourrait tomber sous l'application de l'article 311 que pour autant qu'il eût employé des manœuvres frauduleuses (1).

(1) Cf. NYPELS et SERVAIS, *Code pénal*, art. 311. — Il peut y avoir dans

Considéré en soi, un syndicat d'émission n'a donc rien d'illicite (1) : et quelque peu honorable que soit parfois le but en vue duquel il est créé, il ne peut être efficacement attaqué par le motif qu'il constitue une coalition, de nature à altérer les cours des valeurs (2).

Sans tomber sous le coup de la loi pénale, un syndicat peut être frappé de nullité par application d'une disposition d'ordre public, contenue à l'article 40 de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés.

Cet article déclare nulle, d'une nullité absolue, toute cession d'actions d'une société non encore existante.

Cette disposition constitue une dérogation au droit commun, qui admet les transactions sur choses futures (1130, Code civ.). — Elle est dès lors d'interprétation stricte. — Précisons son champ d'application.

L'article 40 vise : *a*) les actions, *b*) d'une société encore inexistante, *c*) et ne frappe que la cession proprement dite.

Partant l'article n'atteint pas :

a) La vente des *obligations* d'une société non encore constituée (3).

b) Les syndicats formés pour l'émission et la vente d'actions futures, qui représentent l'augmentation du capital d'une société *déjà existante*;

la réclame mensongère faite autour de valeurs douteuses, un élément d'escroquerie. Cpr. Brux., 24 avril 1900 et Cass., 10 juill. 1900, *Rev. prat. Soc.*, 1900, nos 1131 et 1182.

(1) Cpr. Com. Brux., 7 août 1900, *Rev. Dr. com.*, 1900, no 328 ; — cpr. pour la France, Cass. fr., 25 mars 1886, Sir., 1887, 1, 268 ; — Paris, 10 juin 1890, *Revue Soc.*, 1890, p. 373.

(2) Cpr. Paris, 18 mars 1887 et 28 avril 1887, Dall. Pér., 1888, 2, 129 et 105; — Orléans, 24 juillet 1890, Dall. Pér., 1891, 2, 337.

(3) Brux., 10 juin 1893, *Rev. prat. Soc.*, 1894, p. 77; Siville, — *Traité*, t. Ier, no 558.

c) Les syndicats d'émission créés *après* la constitution, ou *concurremment* avec la constitution de la société ;

d) Les syndicats que font les futurs actionnaires d'une société en formation, et par lesquels les fondateurs et collaborateurs de l'entreprise règlent d'avance *la répartition* des actions à créer.

« Il peut y avoir avant la constitution de la société, dit Pirmez dans son rapport, soit des conventions d'association, soit des concessions d'avantages spéciaux aux fondateurs, pour être admis à participer à une fondation (1). » .

Ces arrangements syndicataires n'impliquent pas « une vente » d'actions (2).

Par contre, un syndicat formé pour prendre ferme à un taux déterminé tout ou partie des actions d'une société non encore née, en vue de les revendre avec prime au public, est nul, d'une nullité absolue.

Dans un arrêt récent (3) la Cour de cassation a appliqué ces principes. Elle a même déclaré nul un syndicat formé

(1) GUILLERY, *Comm. législ.*, II, n° 46.

Cpr. CORBIAU : *Rev. prat. Soc.*, 1901, p. 321 ; — GUILLERY, *Traité*, t. II, n° 584; — DEVOS et VAN MEENEN, t. Ier, p. 489; — Brux., 6 février 1894, *Rev. prat. Soc.*, 1894, p. 76.

(2) En fait, il est parfois difficile de discerner si on se trouve devant une convention préparatoire, faite aux fins de souscription, ou devant une cession prohibée par la loi, d'autant plus que les termes employés par les parties sont souvent juridiquement inexacts. — Cons. *Rev. prat. Soc.*, 1902, n° 1305 et 1901, n° 1278; — Com. Gand, 28 mai 1902 et Cour Gand, 26 juillet 1902, *Pas.*, 1903, 3, 61 ; *Rev. prat. Soc*, 1903, n° 1399; — Com. Brux., 5 avril 1893; Brux., 6 févr. 1894, PAND. PÉR., 1893, n° 1706 et *Journ. Trib.*, numéro du 1er mars 1894.

(3) Cass., 5 décembre 1901, *Rev. prat. Soc.*, 1902, p. 67.

pour la vente des titres d'une société anonyme, qui existait légalement, mais qui n'avait pas été constituée dans les conditions de l'article 29 de la loi de 1873.

Le syndicat avait été créé entre la date de constitution de la société et la date à laquelle le capital réel, jugé nécessaire pour le fonctionnement normal de la société, avait été régulièrement souscrit.

La Cour de cassation a déclaré cette convention nulle, estimant que si la loi du 22 mai 1886 a pu décréter qu'une société anonyme existerait désormais à dater de son acte de fondation. alors même qu'elle ne serait pas définitivement constituée, et moyennant la responsabilité solidaire de ses fondateurs — elle n'a pas pour cela modifié en rien la règle d'application de l'article 40.

Cet arrêt a été critiqué comme incompatible avec la loi du 22 mai 1886 sur la constitution des sociétés anonymes et avec le texte et les travaux préparatoires de l'article 40 (1).

28. — *Apport.* — Chaque participant est obligé de faire un apport (2). — Cette obligation est un élément essentiel de tout contrat de société (1833, Code civ.); la personne qui sans rien apporter acquiert un droit aux bénéfices d'une participation n'est pas un associé. — Comme dans toute société, l'apport peut être fait, soit en propriété, soit en jouissance, soit en usufruit, consister dans l'industrie des membres, ou ce qui arrive dans mainte participation, dans la qualité d'une chose (3).

(1) *Rev. prat. Soc.*, 1902, p. 71.

(2) Cpr. Arrêt Cass. franç., 30 décembre 1884, *Journal Enregistrement français*, 1885, art. 22396; — PONT, nos 1775 et 1782.

(3) Cpr. VAVASSEUR, no 76; — BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, nos 152 et s.; — LYON-CAEN. Note SIREY, 1887, 2, 17; — NYSSENS et CORBIAU, nos 61 et s.

Si l'apport n'a pas été réalisé par le participant à l'origine de la société, l'intérêt social se manifeste lors du règlement de l'opération par le partage, soit des bénéfices, soit des pertes : c'est-à-dire dans ce dernier cas par un versement à opérer par chaque associé (1).

29. — ***Propriété des apports et des acquisitions dans la participation.*** — A qui appartient, dans les participations, la propriété des apports et des acquisitions (2) ?

Trois systèmes ont vu le jour :

a) Il a été soutenu que les apports ou les acquisitions n'appartiennent jamais par indivis aux divers associés ; qu'ils sont nécessairement la propriété exclusive, soit de l'associé apporteur ou acquéreur, soit du gérant (3) ;

b) Par contre, certaines décisions judiciaires ont admis qu'à l'instar des sociétés civiles, les associations en participation créent entre leurs membres une véritable indivision relativement aux objets apportés ou acquis (4) ;

c) Une troisième opinion soutient qu'il n'existe pas en

(1) DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 1974.

(2) Cette question présente particulièrement de l'importance : *a*) en cas de faillite d'un participant, voir n° 123, *infra*.

b) Au point de vue des risques survenant à la chose, voir n° 82.

c) Au point de vue fiscal, n°s 142 et s.

d) En ce qui concerne le droit de disposition. Le participant propriétaire dispose valablement des choses lui appartenant.

e) En cas d'une convention d'assurance conclue par le gérant de la participation. Cpr. Com. Bruxelles, 6 avril 1901, *Revue Droit comm.*, 1901, n° 138.)

(3) Cpr. TROPLONG, n° 500 ; — Cass. franç., 8 juillet 1879, *Pas. fr.*, 1881, p. 768 ; — VAN MEENEN et DEVOS, art. 109, n° 6.

(4) Paris, 22 décembre 1865 et 10 mai 1870, *Journ. Tribunaux Comm.*, 1866, p. 5 et 1871, p. 112.

cette matière de règle absolue. Tout est question d'intention des parties. La volonté des contractants est souveraine. — Cette dernière opinion est en harmonie avec la loi.

L'article 110 de la loi sur les sociétés reproduisant l'article 48 du Code de commerce déclare : « Les associations en participation ont lieu entre les associés, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts et aux conditions convenues entre eux. »

C'est dire qu'il est loisible aux participants de stipuler, soit que la propriété des objets de l'association sera concentrée tout entière sur la tête de l'un d'eux, soit que chacun restera propriétaire privatif des biens apportés ou acquis, soit enfin, que les biens seront indivis entre tous.

L'interprétation de la volonté des contractants est chose souvent délicate, et les parties feront bien de s'expliquer d'une manière expresse sur la propriété des biens apportés ou acquis.

Pour prévenir les contestations auxquelles la question donne lieu, le nouveau Code allemand présume (jusqu'à preuve du contraire), que les participants consentent à transférer la propriété de leur apport dans le patrimoine du gérant (art. 335) (1).

30. — Si les parties se sont expliquées sur la propriété des apports et des acquisitions, leur volonté fait loi. Pas n'est besoin d'une déclaration expresse ; il suffit que leur intention soit certaine, non équivoque.

Ainsi, bien qu'en règle générale, il n'existe pas de fonds commun indivis dans les participations, il a été néanmoins

(1) Le tribunal de l'Empire (Jug. du 16 novembre 1899, *Annales Droit comm.* (THALLER), 1901, p. 317), a décidé que cette disposition n'a rien d'impératif : qu'elle n'est qu'interprétative de la volonté des parties.

décidé que dans une participation d'achat et de revente des marchandises, dans laquelle, dès l'origine, a été constituée une caisse commune, destinée aux acquisitions, il y a lieu d'admettre que le gérant achète pour compte de tous; — que si l'associé a fourni au gérant les fonds destinés aux achats de marchandises, si celles-ci ont été placées dans un magasin distinct de celui du gérant, loué en commun, et dont le participant possède une clef, les acquisitions appartiennent pour moitié au gérant, pour moitié au participant (1).

31. — Si l'intention des parties ne résulte ni des termes du contrat, ni des circonstances extrinsèques, il faut, en thèse générale, admettre que chaque participant garde la propriété de sa mise.

Cette manière de voir s'appuie sur le caractère traditionnel de la participation.

La participation a été toujours considérée, et a été considérée par la loi de 1873 (2), comme ne créant entre parties qu'une communauté de gains et de pertes. Si je prends une part d'intérêt dans le fonds de commerce d'un négociant, ai-je besoin, et entre-t-il dans mon intention d'acquérir, et dans celle de mon cocontractant de me transmettre une part de propriété du fonds de commerce lui-même ? Nullement, mon but et notre intention commune est de partager les résultats avantageux ou désavantageux, c'est-à-dire les bénéfices ou les pertes de l'exploitation.

(1) Dijon, 11 février 1874, DALL. PÉR., 1875, 2, 55. — Cf. PONT, t. II, nº 1840. — POULLE, nº 67. — LYON-CAEN et RENAULT, nº 1060. — VAVASSEUR, nº 315.— HOUPIN, t. Ier, nº 256.

Cass. fr., 27 juin 1894, SIREY, 1898, 1, 460.— Poitiers, 4 fév. 1889, *Rev. Soc.*, 1889, p. 205.

(2) Voir *supra*, nos 15 et 16.

L'objet du contrat est atteint sans qu'il faille créer entre parties un fonds commun indivis (1), ni même sans qu'il faille transférer la propriété des apports dans le patrimoine du gérant.

32. — Il n'en est pas de même quand les apports consistent en sommes d'argent ou en choses fongibles. D'ordinaire ces apports (avec la réserve que nous indiquions tantôt pour les marchandises destinées à être revendues) deviennent la propriété du gérant, à qui ils sont remis. L'individualité spécifique des espèces n'a aucune importance, et il est de règle que, sauf stipulation contraire, les parties aliènent au profit du gérant la propriété de leur mise en numéraire (2).

En échange, les participants n'acquièrent aucun droit de copropriété dans les biens acquis par le gérant. Ces biens, quoique acquis pour partie avec les deniers des membres, sont la propriété exclusive du gérant. — A la dissolution de l'association, les participants ne sont pas recevables à demander ni le partage, ni la licitation des biens, ni la nomination d'un séquestre, mais seulement des comptes et une part des bénéfices, s'il en existe.

33. — Si l'apport consiste en marchandises destinées à être revendues, le principe que l'apporteur garde la propriété

(1) Cf. PONT, n° 1839.— LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 1059. - VAVASSEUR, t. Ier, n° 321.

Cass. fr., 27 juin 1894. SIR., 1898, 1, 460.

(2) Comm. Brux., 21 avril 1877, *Pas.*, 1877, III, 325 (fonds d'un syndicat remis à une banque, gérante du syndicat).

Comme nous avons déjà dit, les règles que nous indiquons n'ont rien d'absolu. — Dans une espèce soumise à la Cour de Gand, celle-ci a décidé, en se basant sur les circonstances de la cause, que les apports de capitaux n'avaient été faits qu'en jouissance. — Gand, 19 nov. 1887, *Pas.*, 1888, II, 173.

de sa mise reprend son empire, et ce, malgré la remise matérielle des marchandises en la possession du gérant. Le gérant est considéré comme un commissionnaire chargé de revendre; s'il tombe en faillite, le participant apporteur revendique les marchandises dans les conditions de l'article 567 du Code de commerce. Cette règle a été consacrée par la jurisprudence.

Attendu, déclare un jugement du tribunal d'Anvers (1), que chacun des participants reste propriétaire des marchandises, à vendre pour compte commun, jusqu'à leur réalisation, même quand la possession est remise au gérant; il n'y a pas de transfert de la propriété avant la vente à des tiers. Les stipulations par lesquelles le gérant a garanti que l'opération serait liquidée dans un certain délai, et que la perte ne dépasserait pas 10 p. c. de la valeur facturée, ne sauraient influencer sur ces principes.

Un arrêt récent de la Cour de cassation de France s'exprime comme suit (2) :

« Les marchandises réexpédiées par l'un des participants à l'autre pour être vendues au compte de l'expéditeur, sauf à partager les résultats, restent la propriété de ce dernier, à l'égard du destinataire ou des créanciers du dit destinataire; ceux-ci ne sauraient avoir sur cette marchandise plus de droits que leur débiteur.

» En cas de faillite du destinataire, l'expéditeur peut exercer un droit de revendication qui, selon les circonstances, s'applique soit aux marchandises existant encore en nature dans

(1) Comm. Anvers, 24 juillet 1888. — *Jur. port Anv.*, 1889, I, 5.

(2) Cour cass. fr., 5 févr. 1901, DALL. PÉR., 1902, I, 41. — Voir encore Douai, 11 nov. 1897, DALL. PÉR., 1899, II, 85. — Limoges, 2 mars 1892, DALL. PÉR., 1894, 2, 189.

les magasins du commissionnaire, soit à la créance du prix, soit à des remises en effets de commerce non encore payés à l'époque de la faillite.

» Si la libération de l'acheteur est ***postérieure*** à la faillite (ou à la liquidation judiciaire du commissionnaire), la masse qui a encaissé le prix est tenue de rembourser l'intégralité du prix au commettant. »

Ces principes sont suivis, alors même qu'avant la revente, les marchandises ont subi une transformation.

Un participant, de ses deniers et en son nom, achète des cotons de soie; il les envoie au gérant pour les filer et les revendre à compte commun; le participant expéditeur reste propriétaire des cotons filés jusqu'au jour de la vente (1).

Une participation est créée pour la confection et la revente d'une œuvre de bijouterie. L'associé qui remet au gérant les pierreries, en vue d'en faire la monture, reste propriétaire jusqu'à l'aliénation (2).

En résumé, en ce qui concerne les apports, il est de règle — sauf stipulation contraire — que les participants gardent la propriété de leur mise, sauf quand celle-ci consiste en numéraire.

34. — Il en est de même en ce qui concerne les ***acquisitions***. Chaque associé, en principe, demeure propriétaire des choses acquises par lui en son nom personnel, soit avec les deniers des coassociés, soit avec ses deniers personnels (3).

(1) Cass. fr., 13 avril 1864, DALL. PÉR., 1864, I, 305.

(2) Paris, 5 juillet 1892. — DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 2031.

(3) Cass. fr., 27 juin 1893, *Rev. prat. Soc.*, 1894, p. 215. — Douai, 11 nov. 1897, DALL. PÉR., 1899, II, 85.

35. — Après avoir examiné la question de la propriété des apports et des acquisitions pour les participations en général, examinons la question pour une catégorie particulièrement importante d'entre elles : les Syndicats financiers (1).

Qui est propriétaire des titres souscrits, émis ou vendus par les syndicats?

Nous avons distingué trois sortes de syndicats :

a) Syndicats constitués à la fois pour la souscription et la revente des titres.

b) Syndicats de vente.

c) Syndicats de placement avec prime ou de garantie.

A) Syndicats de souscription et de revente.

Un syndicat souscrit ferme tout ou partie des titres d'une société.

Qui est propriétaire des titres souscrits?

La question doit être examinée à un double aspect. *a*) Dans les rapports des syndicataires entre eux ; *b*) dans les rapports des syndicataires avec la société émissionnaire.

a) Dans les rapports des syndicataires entre eux, les titres souscrits par le gérant appartiennent à chaque syndicataire au prorata de sa part d'intérêt dans le syndicat.

Dans l'intention des parties, leurs mises ne sont pas destinées à pourvoir à un achat collectif, mais à être employées distributivement à l'acquisition pour le compte personnel des divers coparticipants, d'un nombre déterminé de titres (2).

(1) Voir sur cette question :

HOUPIN, t. Ier, no 451 et notes. — VAVASSEUR, no 461*bis*. — THALLER, *Revue critique*, t. XLVIII, p. 519. — PIC (note), DALLOZ PÉR., 1896, 2, 481. — LEVILLAIN (note), DALLOZ PÉR., 1890, II, 265. — CHASSERIAU : *Des Syndicats d'émission de valeurs et de leur responsabilité*, Paris, 1898.

(2) Cf. Comm. Brux., 8 juin 1903, *J. Trib.*, 1903, p. 1218.

b) Vis-à-vis de la société, qui doit être réputé souscripteur et qui est tenu éventuellement de libérer les titres? Est-ce le gérant seul ? Sont-ce les syndicataires ?

Les deux solutions sont possibles et il faut adopter l'une ou l'autre d'après la forme dans laquelle la souscription s'est produite.

Si le gérant a souscrit en nom personnel, sans dévoiler à la société les syndicataires, groupés derrière lui, il est seul souscripteur vis-à-vis de la société.

Si, au contraire, le gérant a souscrit au nom des syndicataires, soit en produisant des bulletins de souscription portant leur signature, soit en désignant nominativement les syndicataires comme ses mandants — ou encore, si les syndicataires se sont approprié, vis-à-vis de la société, la souscription faite par le gérant (1), les actions sont appréhendées direc-

(1) *A*) Au cas où le syndicataire ratifie la souscription faite pour son compte par le gérant, ce dernier est-il libéré vis-à-vis de la société? Si le gérant a souscrit comme porte-fort du syndicataire nominativement désigné, le syndicataire, par sa ratification, devient souscripteur, et le gérant n'est plus tenu. Mais si le gérant a souscrit sans révéler le nom du syndicataire, la question est plus délicate. D'aucuns soutiennent que le gérant n'est pas déchargé par la ratification donnée par le syndicataire. Seulement la société a deux débiteurs : le gérant, souscripteur apparent, et le syndicataire, souscripteur réel. (Voir Étude, M. Jean Thoumsin, *Jurispr. comm. de Bruxelles*, 1903, p. 235.) D'après une autre opinion, la ratification du mandataire entraine la décharge du gérant : seul le mandataire est souscripteur et peut être recherché comme tel par la société. (Cpr. Étude, M. L. Mahieu, *Revue prat. Sociétés*, 1903, nº 1409.)

B) Si postérieurement à la souscription et antérieurement à la demande en libération des titres, les actions avaient été numérotées et remises au syndicat, la société émissionnaire n'est pas tenue de prouver l'attribution aux syndicataires et d'indiquer à l'égard des divers défendeurs les numéros des actións dont la libération est poursuivie. La répartition des actions est

tement par chaque syndicataire, et tous, vis-à-vis de la société, ont la qualité de souscripteurs.

La jurisprudence a décidé que lorsque les participants chargent le gérant de souscrire « au nom du syndicat », le gérant a le droit de souscrire, au nom de chaque syndicataire, un nombre d'actions correspondant à la quotité du capital remis par lui, et que les syndicataires sont personnellement et directement obligés vis-à-vis de la société (1).

36. — *B.* Syndicats de vente.

Des propriétaires de titres se syndiquent pour opérer la vente en commun. Ils remettent leurs titres au gérant du syndicat (2). En opérant cette remise les syndicataires n'en-

un fait étranger à la société et vis-à-vis d'elle les actionnaires sont débiteurs du MONTANT de leur souscription. (Art. 42, Loi Sociétés. Voir Paris, 19 février 1885, et Avis Ministère public, *Journ. Trib. Comm.*, 1885, nº 10729.)

C) Les syndicataires sont-ils liés vis-à-vis de la société quand l'émission annoncée n'est pas réalisée intégralement? — Voir Paris, 9 février 1888, DALL. PÉR., 1890, II, 265 et note LEVILLAIN; Paris, 11 juin 1886 et Cass., 10 avril 1889, *Journ. Trib. Comm.*, t. 35, p. 341 et t. 39, page 369.

En Belgique la Cour de cassation (Cass., 4 juin 1886, *Pas.*, 1886, I, 253) a décidé qu'en cas d'augmentation du capital dans les sociétés anonymes, la condition de l'intégralité de la souscription n'est pas exigée *par la loi.* (Cpr. CORBIAU, *Revue prat. Soc.*, 1895, nº 612.) Mais cette condition de l'intégralité de la souscription peut avoir été voulue par les parties. C'est par interprétation de l'intention des souscripteurs que le tribunal de commerce de Bruxelles (Jugem., 3 juillet 1899, *Pas.*, 1899, III, 267) a déclaré nulles des souscriptions, pour le motif que l'émission n'avait pas été intégralement couverte. La question est donc une question d'intention et de fait.

(1) Bruxelles, 30 mai 1888, *Pas.*, 1889, II, 311; *Revue prat. Soc.*, 1890, nº 77, et comparez Paris, 19 février 1885, 28 avril 1887, 24 avril 1888 et 9 février 1888, DALL. PÉR., 1885, II, 181; 1888, II, 105 et 288; 1890, II, 265.

(2) Très souvent les syndicataires excluent du syndicat de vente une

tendent nullement transférer au gérant la propriété de leurs valeurs : ils entendent rester propriétaires et ils le restent (tout comme le propriétaire des marchandises destinées à être revendues, *supra*, nº 33) jusqu'au moment de la vente. Pendant la durée du syndicat, le gérant peut livrer aux tiers acquéreurs, soit ses titres à lui, soit les titres des syndicataires. Mais au moment de la dissolution, il y a lieu, pour respecter l'intention des contractants, qui ont entendu participer aux résultats obtenus, de faire la ventilation des ventes effectuées, entre tous les syndicataires, au prorata des titres syndiqués. Cette ventilation faite, les titres restants sont restitués à leurs propriétaires.

Telle est la situation des syndicataires dans leurs rapports entre eux.

Vis-à-vis des tiers acquéreurs, le gérant apparaît comme vendant *proprio nomine*. D'ordinaire le syndicat n'opère que sur des titres au porteur; si les titres sont nominatifs, le gérant ne dévoile pas ses coïntéressés, mais libère les titres pour compte des cosyndicataires, transformant ainsi les titres nominatifs en titres au porteur. Le tiers acquéreur ne connaît que le gérant, et c'est contre lui qu'il doit agir en cas de contestation au sujet de la vente.

37. — *C.* Syndicats de placement avec prime.

Dans ce dernier type de syndicat, la participation ne porte ni sur la souscription ni sur la vente, mais sur le placement avec prime des titres à émettre; le syndicat est courtier, il fait office d'intermédiaire entre le souscripteur qu'il amène et la société émissionnaire qui rémunère ses services.

partie de leurs titres ; pour ne pas contrecarrer les efforts syndicataires, les titres réservés sont « bloqués », c'est-à-dire frappés d'indisponibilité pendant toute la durée du syndicat.

C'est seulement en cas d'insuccès de la souscription, qu'en vertu de l'obligation subsidiaire de garantie, il est tenu de prendre pour son compte les titres non souscrits; en ce dernier cas, la propriété des titres est régie par les règles exposées ci-devant pour les deux autres types de syndicats.

38. — La participation peut-elle créer des *titres cessibles* à des tiers, des actions *à ordre ou au porteur?*

Il est certain que les parts des participants peuvent conventionnellement être déclarées cessibles sans le consentement des associés.

Mais l'action proprement dite, l'action négociable, l'action à ordre ou au porteur est-elle conciliable avec la nature de la participation (1)?

La Cour de cassation de France, dans un arrêt du 12 juillet 1842 (2), statuant en matière fiscale, déclare, mais sans motiver sa décision, que la participation ne peut pas être constituée sous forme d'actions.

Dans deux décisions postérieures, l'une rendue par la même Cour de cassation (3), l'autre par une Cour d'appel (4), on trouve des participations, constituées sous forme d'actions cessibles à des tiers, créées l'une entre propriétaires de bateaux

(1) *Oui.* VAVASSEUR, 5e édit., no 355; — DALLOZ, Suppl., vo *Société*, no 2005; — POULLE, nos 313 et 314; — JASPAR, p. 218; — WAHL, no 516 (*Traité des titres au porteur*).

Non. HOUPIN, no 280; — THALLER, no 477; — DELANGLE, *Sociétés*, no 115; — DANIEL DE FOLLEVILLE, *Traité de la possession des meubles et des titres au porteur*, no 199. Système intermédiaire : LECOUTURIER : *Revue critique des sociétés et de droit commercial*, 1902, no 6.

(2) DALLOZ, vo *Enregistrement*, note sous no 1788.

(3) Cass., 6 déc. 1843, *Pas. fr.*, 1844, I, 22; DALL. PÉR., 1844, I, III.

(4) Rennes, 28 janv. 1856, *Pas. fr.* 1857, 2, 10. Id., 26 fév. 1867 et Cass, 13 juillet 1868, DALL. PÉR., 1869, 1, 137.

de pêche, – l'autre pour une entreprise de roulage. La validité de la constitution n'a pas été discutée.

La question s'est représentée récemment devant la Cour de Paris, et a donné lieu à deux arrêts contradictoires.

Dans un arrêt du 8 janvier 1900 (1), la Cour de Paris décide que la création, dans une participation, de parts bénéficiaires donnant au porteur le droit d'intervenir dans la direction de l'association est radicalement nulle ; d'abord parce qu'elle émane d'une participation, qui, en tant que société, n'a pas de personnalité civile et n'est pas capable d'agir et de contracter; en second lieu, parce qu'elle détruit le caractère occulte de la participation. La Cour ajoute que dans l'espèce les fondateurs de la participation, en créant des parts bénéficiaires au porteur, avaient eu en vue d'éluder les prescriptions réglementant la constitution des sociétés par actions.

Dans une cause antérieure, la même Cour avait émis un avis différent : des personnes avaient formé une association en participation pour la mise en valeur de brevets. Elles avaient créé des parts bénéficiaires déterminant, sans indication d'une valeur nominale, la quotité des bénéfices auxquels les porteurs avaient droit. Poursuivies en police correctionnelle pour contravention aux prescriptions de la loi française du 24 juillet 1867, elles furent acquittées : la Cour estimant que la création de ces parts bénéficiaires était licite et ne transformait pas la participation en société anonyme déguisée (2).

Voilà l'état de la jurisprudence française.

En Belgique, la question, à notre connaissance, n'a pas encore été discutée.

(1) *Rev. prat. Soc* , 1900, n° 1178.

(2) Paris, 24 décembre 1898, *Revue des Sociétés* (VAVASSEUR), 1899, p. 300.

39. — La création d'actions dans les participations estelle licite?

Il est certain que si les participants adoptent la forme d'actions, en vue de frauder des dispositions d'ordre public, la combinaison est radicalement nulle.

Mais l'hypothèse de fraude écartée, rien, à notre avis, ne s'oppose à ce que la participation crée des actions nominatives, à ordre ou au porteur. A l'encontre de cette opinion, on a fait valoir les considérations suivantes :

A) L'action, en principe, représente l'intérêt des membres d'une société, personne civile; dès lors, elle ne peut exister dans l'association en participation, privée de l'individualité juridique (1).

B) La création d'actions, cessibles soit par voie de transfert sur le registre, soit par endossement, soit par la tradition matérielle des titres, méconnaît les règles tracées par l'article 1690 du Code civil pour la cession des droits incorporels; en outre, elle est incompatible avec les principes qui régissent la transmission des droits immobiliers.

C) Cette création détruit le caractère occulte de la participation (2).

D) Elle est contraire à l'*intuitus personæ :* la création des titres négociables permet de faire entrer d'autres membres dans la participation — société des personnes — et ce sans l'assentiment des coassociés.

40. — Ces objections ne sont pas fondées.

A) L'action n'est pas réservée aux seules sociétés, personnes morales.

Les sociétés civiles ne jouissent pas de l'individualité juri-

(1) Houpin, no 280, arrêt Paris, 8 janvier 1900, *l. c.*

(2) Dissertation. Lacour. Dall. pér., 1902, II, 105.

dique (1). Or il est de doctrine et de jurisprudence que les sociétés civiles peuvent adopter la forme commerciale, et diviser leur capital en actions (2).

Une société civile immobilière avait adopté la forme de la commandite et fractionné son capital en actions nominatives. La Cour de Liége et la Cour de cassation ont refusé de déclarer la société nulle.

« Aucune disposition de loi, dit la Cour suprême, n'interdit de donner à une société civile la forme d'une société commerciale (3). »

Pourquoi un mode de constitution, permis aux sociétés civiles, serait-il interdit aux participations ?

Pour interdire aux sociétés civiles le droit de revêtir les formes commerciales, on a invoqué l'intérêt des tiers. On a prétendu, à tort d'ailleurs, que l'adoption des formes commerciales par une société civile avait pour conséquence de déroger aux articles 1863 et 1864 du Code civil et d'assurer aux associés l'avantage de la responsabilité limitée (4).

A l'égard des participations, cette objection ne se conçoit même pas, puisque, juridiquement, la participation n'a vis-à-vis des tiers aucune existence.

(1) A l'encontre de la jurisprudence belge, la jurisprudence française, inaugurée par un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1891, reconnaît la personnalité des sociétés civiles, DALL. PÉR., 1891, 1, 337.

(2) LAURENT, t. XXVI, nos 217 et s.; — GUILLERY, t. II, no 325 et t. III, no 1317; — NAMUR, t. II, no 1397; — NYSSENS-CORBIAU, no 202; — Liége, 7 avril 1897, *Revue pratique Sociétés*, 1898, no 852.

(3) Cass., 22 avril 1898, *Pas.*, 1898, I, 153; *Revue pratique Sociétés*, 1898, no 901.

(4) Voir controverse HOUPIN, no 112; — VAVASSEUR, nos 189, 344 et s.; — THALLER, nos 775 et s.; — LABBÉ, note sous SIREY, 1884, 1, 361; — NYSSENS-CORBIAU, no 157.

B) La création d'actions, négociables par les modes commerciaux, constitue, il est vrai, une dérogation à l'article 1690 du Code civil, qui exige que le transport des créances et des droits incorporels soit signifié au débiteur, ou accepté par ce dernier dans un acte authentique. Mais la disposition de l'article 1690 n'est pas d'ordre public; les modes de transmission, qu'elle énumère, ne sont ni limitatifs ni prohibitifs de tous autres.

Il est admis par la jurisprudence des Cours de cassation de France et de Belgique qu'en matière civile, une créance ou droit incorporel, susceptible d'être cédée, peut être déclarée cessible par endos, ou mise sous la forme d'un titre au porteur (1).

Aucune loi, dit la Cour de cassation de Belgique, dans un arrêt du 24 février 1887 (2), n'interdit aux fondateurs d'une société *civile* d'attribuer conventionnellement la nature mobilière aux actions sociales, conformément au principe général de l'article 529, en limitant leur objet aux simples bénéfices, retirés des opérations même immobilières de la société, par conséquent à des choses mobilières, *ni de les rendre cessibles par la simple tradition.*

Dès lors, si les titres ou bons de participation ne constituent que des parts bénéficiaires, donnant droit à une part de bénéfices, mais n'impliquant aucun droit de copropriété dans un fonds commun, leur cession se fait valablement soit par voie de transfert sur un registre, soit par endossement, si elles sont à ordre, soit par simple tradition, si elles sont au porteur.

Il en est de même si les titres représentent et une part dans

(1) Cass. fr., 8 mai 1878 et 7 mai 1879, 9 novembre 1896; Sirey, 1878, 1, 292 et 1879, 1, 421; — *Annales droit comm.*, 1897, p. 24. — Cpr. Lyon-Caen et Renault, t. III, nº 98.

(2) *Pas*, 1887, I, 90.

les bénéfices sociaux et une part de copropriété dans un fonds commun exclusivement mobilier.

Au contraire, s'il existe exceptionnellement entre les participants un fonds commun, composé d'immeubles, et si les titres créés représentent et une quotité des bénéfices et une part de cette copropriété immobilière, leur négociation se heurte à de graves difficultés pratiques. En effet, l'article 529 du Code civil, qui mobilise les droits sociaux, ne s'applique qu'aux seules sociétés personnes morales (1). La participation étant privée de l'individualité juridique, les droits des associés, portant sur des immeubles indivis, sont nécessairement des droits immobiliers : leur transmission, pour être opposable aux tiers, doit être faite par acte authentique et transcrite au bureau des hypothèques (art. Ier, loi du 16 décembre 1851).

C) La clandestinité de la participation, comme nous avons vu, ne comporte nullement l'ignorance par les tiers de l'existence de la participation, mais uniquement l'interdiction pour les participants d'agir conjointement ou sous une raison sociale. Comment la division du capital social en actions — mesure d'ordre intérieur — serait-elle incompatible avec la clandestinité entendue de la sorte?

D) Il est vrai que la participation est une société de personnes : mais l'***intuitus personæ*** n'exclut pas tout changement du personnel social. L'article 1861 du Code civil porte que tout associé peut, moyennant le consentement de ses coassociés, associer un tiers à la société. L'article 1868 prévoit le consentement, donné dans le pacte social, au profit des héritiers encore inconnus des associés.

(1) Cf. Laurent, t. V, nos 505 et s., t. XXVI, no 228; Brux., 21 avril 1873 et 10 juillet 1873, *Pas.*, 1873, II, 200 et 333.

En adoptant la constitution par actions, les participants usant des latitudes prévues par la loi, déclarent implicitement adhérer d'avance aux transmissions successives que cette forme comporte.

41.— La création d'actions dans une participation, actions nominatives, actions à ordre, actions au porteur, nous apparaît donc comme licite.

Cette création ne blesse aucun principe d'ordre public : elle n'est prohibée par aucune loi.

Sans doute, quand on examine la loi du 18 mai 1873 et les travaux préparatoires de cette loi, on constate de la part du législateur une certaine défiance à l'égard des actions à ordre et des actions au porteur. C'est ainsi que la loi stipule que les parts dans les commandites simples ne peuvent être cédées que d'après les formes du droit civil (art. 24); — que ce n'est qu'après de longues hésitations que le législateur a consenti à admettre des actions à ordre et des actions au porteur dans les commandites par actions, — qu'il a réglementé et restreint la liberté de cession des actions au porteur (art. 40).

Toutefois cette défiance et ces mesures s'expliquent sans qu'il faille en inférer, — ce que la loi d'ailleurs ne dit nulle part — que seules les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions peuvent créer des actions au porteur!

Les sociétés commerciales proprement dites existent à l'égard de tous : elles s'obligent comme sociétés vis-à-vis des tiers : il se comprend que le législateur, soucieux des intérêts des tiers, ait veillé à ce que leur gage ne fût pas amoindri.

Pareil souci, en matière de participation, ne s'impose pas, car vis-à-vis des tiers la participation n'a pas d'existence.

Dès lors, en l'absence d'un texte de loi interdisant le droit de créer des actions, nous estimons que cette création est aussi

licite dans les participations qu'elle est reconnue licite par la doctrine et la jurisprudence dans les sociétés civiles.

Cette création procure aux participants entre autres avantages :

1) De faciliter la négociation de leurs parts sociales, à condition toutefois que ces parts soient exclusivement mobilières;

2) De limiter généralement la responsabilité des associés dans leurs rapports entre eux, au montant de leur mise;

3) D'empêcher la dissolution de la participation pour des causes personnelles aux associés : décès, faillite, interdiction, etc., – ou par la volonté de l'un des participants dans les participations à durée illimitée — (art. 1869, C. civ.).

TITRE II. — DE LA PREUVE DE L'ASSOCIATION COMMERCIALE EN PARTICIPATION.

42. — *Modes de preuve.* — L'article 5 de la loi du 18 mai 1873 porte : « Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise. »

Le texte de cet article n'est pas limitatif. Il doit être combiné, les travaux préparatoires le prouvent, avec le principe général édicté à l'article 25 de la loi du 15 décembre 1872, aux termes duquel : « Indépendamment des moyens de preuve admis par le droit civil, les engagements commerciaux pourront être constatés par la preuve testimoniale, dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre, sauf les exceptions établies pour des cas particuliers (1). »

(1) NYSSENS-CORBIAU, *Traité*, t. Ier, no 593 ; — NAMUR, t. II, no 821 ; — GUILLERY, t. Ier, nos 278, 279, 285

Partant la convention de participation peut être prouvée *a*) par les modes de preuve du droit civil; *b*) par les modes de preuve du droit commercial.

SECTION I. — *Modes de preuve du Droit civil.*

43.— *Acte authentique.* – L'emploi de la forme authentique s'impose notamment dans les deux circonstances suivantes :

a) Quand l'acte constitutif constate des apports immobiliers faits par un associé à un autre ou à tous les autres associés;

b) Quand la participation est conclue entre une personne et un de ses successibles (1).

Observons toutefois que dans aucun de ces deux cas, la forme authentique n'est nécessaire ni pour la perfection, ni pour la preuve du contrat de participation.— Le contrat peut être verbal, il peut être établi entre parties par toutes voies de droit, civiles et commerciales; mais si la forme authentique n'est pas employée, le transfert immobilier ne sera pas opposable au tiers (art. 1er, Loi hypothécaire) et l'association conclue avec le successible sera considérée comme une donation déguisée (art. 853, C. civ.).

44.— *Acte sous seing privé.* — Pour faire preuve complète, l'acte sous seing privé doit, conformément au prescrit de l'article 1325 du Code civil, être dressé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, avec mention du nombre des originaux sur chacun d'eux.

Si l'acte ne remplit pas ces formalités il ne vaut, *stricto jure*, que comme commencement de preuve (2).

(1) NYSSENS-CORBIAU, *Traité*, no 395 et note ; — GUILLERY, t. Ier, no 276.

(2) GUILLERY, *Traité*, nos 287-288 ; — NYSSENS-CORBIAU, no 595 ; — NAMUR, t Ier, no 244.

Des auteurs contestent cette manière de voir. Ils font observer qu'aux termes de la loi, la participation peut être établie par la correspondance; que dès lors il est illogique d'attribuer moins de force probante à un acte non dressé en double, mais revêtu des signatures de toutes les parties, qu'à une simple lettre (1). — Il est indéniable qu'en fait, le juge se trouvant devant un acte, signé par tous les participants, quoique non dressé conformément au prescrit de l'article 1325 du Code civil, admettra presque toujours que la preuve du contrat est acquise, mais en droit, le juge est libre d'admettre ou de rejeter la force probante de cet acte irrégulier, comme il peut rejeter ou admettre la preuve déduite de la correspondance.

Au contraire, se trouvant devant un acte dressé conformément à l'article 1325 du Code civil, le juge doit s'incliner devant sa force probante.

Combien de doubles faut-il?

Il est prudent de faire autant d'originaux qu'il y a de participants. Il est vrai qu'en ce qui concerne les commandites simples, des décisions de justice et des auteurs, estimant que dans la société, l'intérêt des associés n'est pas distinct, c'est-à-dire opposé, mais commun, ont admis qu'il suffit de deux doubles, afférents l'un à tous les commandités (gérants), l'autre à tous les commanditaires. — Mais cette opinion est sujette à caution (2).

45. — *L'aveu, le serment, l'interrogatoire sur faits et*

(1) BELTJENS, *Droit commercial*, t II. Loi sur les sociétés, art. 5, n° 3.

(2) Pour l'affirmative, voir GUILLERY, t. Ier, n° 248; — DELANGLE, n° 521. — Arrêt Lyon, 31 juillet 1897, *J. Soc.*, 1898, n° 216.

Pour la négative : NAMUR, t. II, n° 811; — NYSSENS-CORBIAU, n° 389; — HOUPIN, n° 218; — THALLER, *Traité*, n° 352.

articles (1). — S'il résulte des éléments de fait, porte un arrêt (2), — que la demanderesse a justifié de la base même de son action, et s'il est impossible en présence du refus catégorique (des associés) de fournir aucun renseignement sur l'étendue des droits de leur coïntéressée, de déterminer autrement la valeur de sa participation dans l'association, il y a lieu de déférer à la demanderesse le serment estimatoire, en fixant la somme jusqu'à concurrence de laquelle elle sera crue sur son serment.

SECTION II. — *Modes de preuve du droit commercial.*

46. — *Les livres de commerce.* — Le juge peut puiser sa conviction dans les livres de commerce, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les livres, dont la tenue est imposée par la loi, et les livres auxiliaires — ni entre les livres régulièrement tenus et ceux qui ne le sont pas (3).

Le juge peut admettre les livres irrégulièrement tenus, comme il peut refuser toute force probante aux livres tenus conformément aux prescriptions légales.

Si la partie, aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie (4).

Un négociant n'est pas recevable à se prévaloir des énonciations contenues en ses livres pour établir l'existence d'une participation entre lui et un non-commerçant. Il serait injuste

(1) NYSSENS-CORBIAU, n° 596; — PONT, t. II, n 1820; — POULLE, n° 126.

(2) Liége, 11 nov. 1899, *Jurispr. Cour Liége*, 1899, p. 360.

(3) GUILLERY, t. Ier, nos 297 et s.; — NYSSENS-CORBIAU, n° 598; — VAVASSEUR, t. Ier, n° 318; — POULLE, nos 109 et s.

(4) BELTJENS, *Droit commercial*, I, art. 20 et s. Loi, 15 déc. 1872. — DALLOZ, v° *Société*, n° 1632; — POULLE, n° 108.

d'accueillir un mode de preuve contre un non-commerçant qui, n'ayant pas de livres à opposer à son adversaire, est privé de la faculté de faire, à armes égales, la preuve contraire (1).

47. — *Par la correspondance.* — Il faut que la correspondance soit suffisamment complète et explicite, qu'elle embrasse l'ensemble de la convention. S'attacher exclusivement à l'un ou l'autre élément séparé, qu'établirait telle ou telle lettre, suppléer à ce que l'on ignore par les articles de la loi, c'est s'exposer à créer une association toute différente de celle que les parties ont réellement formée; — comme a dit PIRMEZ, dans ses notes posthumes : « Les tribunaux qui ont à apprécier les énonciations d'une correspondance, ne doivent les admettre comme formant preuve que s'ils ont la certitude de posséder le contrat tel qu'il a été formé. Une convention forme un tout indivisible : celui qui l'invoque doit l'établir tout entière. S'il n'apporte que la preuve de *l'existence* d'une convention ou de *certains éléments* de la convention, sa preuve est incomplète (2). »

Appliquant ces principes, la Cour d'appel de Liége a déclaré inexistante une prétendue association en participation, dont le projet ne contenait aucune mention d'apports, et dans laquelle il était impossible de déterminer à quel chiffre il fallait évaluer la quote-part des bénéfices à attribuer à l'un des participants du chef de ses connaissances techniques. — Il n'appartient pas aux tribunaux, ajoute l'arrêt, en cas de désaccord des parties sur les clauses essentielles d'une association en participation, de leur imposer d'office un contrat

(1) NYSSENS-CORBIAU, n° 598; — DALLOZ, n° 2011. — Arrêt Aix, 1er juillet 1874, sous Cass., DALLOZ, 1876, I, 279.

(2) NYSSENS-CORBIAU, n° 600.

en règle : la mission de la justice ne consiste qu'à assurer l'exécution des conventions librement consenties ou à interpréter les clauses qui sont obscures (1).

48. — *Par la preuve testimoniale.* — Le juge est libre d'admettre ou de rejeter la preuve testimoniale : peu importe la valeur du litige, peu importe qu'il existe ou non un commencement de preuve par écrit (2).

Pour se conformer aux intentions du législateur, les tribunaux doivent se montrer très réservés dans l'admission de la preuve testimoniale, surtout si elle se produit en contradiction avec un acte écrit (3).

La Cour d'appel de Bruxelles a rejeté l'offre de preuve testimoniale dans une espèce où les faits de la cause rendaient l'existence d'une participation peu vraisemblable et constituaient plutôt de sérieuses présomptions en faveur d'une société en nom collectif (4).

Le tribunal de commerce de Bruxelles l'a rejeté dans une cause où la correspondance échangée entre parties ne fournissait aucune indication relative aux conditions qui auraient été convenues pour régler leurs intérêts (5).

49. — *Par présomptions graves, précises et concordantes.* — La preuve testimoniale étant admissible, il s'ensuit, aux termes de l'article 1353 du Code civil, que la preuve par pré-

(1) Cour Liége, 9 déc. 1896, *Revue droit commercial*, 1897, nº 106.

(2) GUILLERY, t. Ier, nos 300 et s.

(3) Rapport M. Van Humbeeck; GUILLERY, *Traité*, nº 284; NYSSENS-CORBIAU, nº 604.

(4) GUILLERY, *loc. cit.*

(5) Comm. Bruxelles, 4 mars 1885, *Belg. jud.*, 1885, p. 382. — Voir Comm. Bruxelles, 5 mars 1902, *Revue droit commercial*, 1902, nº 173; — Gand, 12 janvier 1897, *Revue pratique Sociétés*, 1897, nº 794.

somptions l'est aussi. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

SECTION III.

50. — ***La loi de 1873 n'a réglé que la preuve des associations en participation;*** il en résulte que le rejet ou l'inefficacité d'une preuve présentée n'affecte jamais l'existence de la société, qui peut être établie par un autre mode de preuve.

Les divers modes de preuve que nous avons indiqués sont admis pour tout ce qui concerne la participation : constitution, modification, dissolution, existence et portée de certaines clauses, etc. Rien n'empêche d'admettre pour les actes modificatifs ou dissolutifs un mode de preuve différent de celui qui a servi à établir la constitution (2).

Il a été décidé que les juges peuvent rechercher à l'aide de la preuve testimoniale si un membre a quitté l'association — la part d'intérêt d'un participant (3) — que sur le fondement de simples présomptions, ils peuvent déclarer l'existence d'un accord intervenu entre les participants pour laisser à l'un d'eux le pouvoir de répartir les bénéfices (4).

(1) GUILLERY, *Traité*, nos 302 et s.; — NYSSENS-CORBIAU, no 606. — Gand, 19 nov. 1887, *Pas.*, 1888, II, 173; — Liége, 20 janv. 1887 et 21 oct. 1891, *Pas.*, 1887, II, 228 et 1892, II, 300; — Comm. Verviers, 5 mars 1896, PAND. PÉR. 1896, no 1552.

(2) GUILLERY, t. Ier, no 305; — NAMUR, t. II, no 822; — NYSSENS et CORBIAU, no 592; — LYON-CAEN et RENAULT, no 1056; — VAVASSEUR, t. Ier, no 318; — PONT, no 1818 et 1821.

(3) Cass. franç., 20 avril 1890; *Sirey*, 1893, I, 511.

(4) Idem, 30 juillet 1877, DALL. PÉR., I, 290.

SECTION IV.

51. — Les modes de preuve, que la loi met à la disposition des participants, existent-ils au profit des tiers?

En principe, la participation n'a pas d'existence vis-à-vis des tiers; dès lors, ceux-ci sont irrecevables, à défaut d'intérêt, à prouver l'existence de la participation.

Mais il est des cas où les tiers ont qualité pour agir. Par exemple, s'ils agissent aux lieu et place de leur débiteur participant, par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil.

Chaque fois que les tiers ont intérêt d'agir, ils disposent des modes de preuve admis en faveur des associés (1).

---

(1) VAVASSEUR, t. Ier, no 318; — PONT, no 1815; — POULLE, nos 117 à 119; — NYSSENS et CORBIAU, no 603. — Liége, 13 juin 1868, *Pas.*, 1869, II, 9.

CHAPITRE QUATRIÈME

Du fonctionnement de l'association en participation.

TITRE I. — DE L'ADMINISTRATION.

SECTION Ire. — *Nomination, révocation et démission du gérant.*

52. — *Nomination.* — Quoique les participants, entre eux, aient un droit égal à la gestion, ils ne peuvent pas tous gérer en commun. Une gestion conjointe est incompatible avec la nature occulte du contrat. Les participants doivent choisir une ou plusieurs personnes, chargées de la gestion.

En vertu des principes du droit commun, les participants peuvent charger un tiers, étranger à la participation, de faire pour leur compte une ou plusieurs opérations déterminées (1); mais le gérant, chargé de la gestion habituelle doit être choisi parmi les associés.

L'association en participation, dit l'article 109 de la loi, est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une *ou plusieurs autres* gèrent en leur propre nom.

(1) Dans le même sens, Cass. franc., 3 déc. 1890, DALL. PÉR., 1891, I, 171.

Ce texte ordonne indubitablement que le gérant doit être un associé au même titre que les participants. Un passage du rapport de M. Pirmez corrobore d'ailleurs cette interprétation (1).

Si les participants n'ont pas désigné de gérant, l'association est administrée dans les conditions de l'article 1859 du Code civil : c'est-à-dire chaque participant a pouvoir d'administrer (2), mais en ce cas, comme au cas où il existe plusieurs gérants, désignés par les parties, chaque gérant doit administrer séparément, en nom personnel, ***nomine proprio***, comme si l'affaire qu'il traite ne regardait que lui seul (3).

53. — *Révocation et démission du gérant.* — Si le commerce ou l'entreprise de la participation constitue la propriété exclusive du gérant, il ne peut être question de révocation. Comment, en effet, révoquer quelqu'un de la gestion de ses propres affaires? L'associé, qui a des griefs légitimes contre

(1) Rapport de M. PIRMEZ : M. Demeur croit qu'il eût fallu, au lieu de une ou plusieurs autres (dans le texte de l'article 109), dire une ou plusieurs d'entre elles. Il craint que l'on n'induise de la rédaction du projet que ceux, au nom de qui se gèrent les affaires, n'y ont pas d'intérêt. Il est clair que cette crainte est sans fondement. La définition de l'association en participation suppose la définition de l'association, et l'on ne comprend certes pas des associés qui n'auraient pas d'intérêt dans l'opération : le texte tel qu'il a été voté, détermine très nettement le caractère essentiel de la participation : il consiste dans la part d'intérêt que certains associés ont dans des affaires que ***d'autres associés*** gèrent en leur propre nom... » (GUILLERY, *Commentaire Législ.*, II, n° 188.)

(2) Cfr. pour une association momentanée, Comm. Liége, 1er juillet 1898, *Revue de Droit commercial*, 1898, n° 283. « Dans une association momentanée, à défaut de convention contraire, chaque associé a le droit d'administrer les affaires de la société en vertu du mandat tacite que les associés sont censés s'être donné réciproquement. »

(3) Cfr. Paris, 27 janv. 1876, DALL. PÉR., 1879, II, 74.

le gérant, doit poursuivre la dissolution de la participation.

Si l'entreprise ne constitue pas la propriété exclusive du gérant, il faut, au point de vue de la révocation, distinguer le cas du gérant statutaire (c'est-à-dire du gérant nommé dans les statuts), du cas du gérant non statutaire.

A) Le gérant statutaire est en principe irrévocable (art. 1856 C. civ.).

La révocation n'est possible que dans deux cas :

1° Révocation à prononcer par justice, pour cause légitime (art. 1856 C. civ.);

2° Révocation ***ad nutum***, c'est-à-dire, sans cause, si la faculté de révoquer a été réservée dans l'acte constitutif ou convenue ultérieurement.

Le gérant statutaire ne peut donner sa démission sans motifs légitimes, sinon il est passible de dommages-intérêts.

La révocation ou la démission de l'associé-gérant statutaire met, sauf convention contraire, fin à la participation, à moins que tous les associés, l'associé-gérant compris, ne soient d'accord pour nommer un autre administrateur.

B) Le gérant non statutaire est révocable ***ad nutum,*** comme un mandataire quelconque. La révocation peut être prononcée par la majorité des associés (1).

Le gérant non statutaire est libre de renoncer à ses fonctions.

Après la révocation ou la démission du gérant non statutaire, la société est administrée par un autre gérant, choisi

(1) LAURENT, n° 306; — HOUPIN, n° 98; — VAVASSEUR, n° 148; — GUILLOUARD : *De la Société*, n° 135. — *Contra :* THALLER, *Traité de Droit commercial*, n° 400, qui exige l'unanimité des associés autres que le gérant et HUC (t. XI, n° 89); qui soutient que le gérant non statutaire peut être révoqué par la volonté d'un seul associé.

Cfr. SIVILLE (Suppl. LAURENT), t. VII, n° 89.

par les associés, ou par chacun des associés dans les termes de l'article 1856 du Code civil.

SECTION II. — *Pouvoirs du gérant.*

54. — Quels sont, dans le silence de la convention, les pouvoirs du gérant?

En principe, le gérant a le droit de faire tous les actes nécessaires pour conduire la société vers la fin qui a été la raison d'être de sa constitution.

Dans l'application de ce principe, distinguons les pouvoirs du gérant relatifs aux biens de l'association et ses pouvoirs et ses obligations au regard de ses coassociés.

§ 1. — *Pouvoirs du gérant par rapport aux choses sociales.*

55.— a) *Actes extra-judiciaires.*— Le gérant, en principe, a les pouvoirs les plus étendus. Il peut aliéner, échanger, hypothéquer, donner en gage les objets qu'il détient, céder les créances ayant une cause sociale, endosser les billets souscrits au profit de l'association.

Toute disposition, faite sans fraude par le gérant, doit être réputée faite par les participants. Ceux-ci n'ont d'autre droit que de demander des dommages-intérêts, au cas où le gérant dépasse les limites de son mandat.

Ces pouvoirs du gérant s'étendent à toutes les choses sociales : Ils s'étendent aux biens apportés par le gérant dans la participation et dont il a conservé la propriété. — Aux biens apportés par les coassociés et dont la propriété lui a été transmise. — Aux biens acquis par lui en son nom, soit de ses deniers, soit de ceux de ses coassociés. — Aux

sommes et aux biens qu'il détient par suite de l'exécution des affaires sociales. — Ils s'étendent même (sous les réserves que nous indiquons ci-après, en ce qui concerne les immeubles et les effets de commerce) aux biens dont le gérant n'est pas propriétaire, mais dont la possession lui a été transmise en exécution du pacte social : par exemple, les marchandises remises pour être revendues. Bien que la propriété de ces marchandises continue à résider sur la tête de ses coassociés (voir *supra*, n° 33) le gérant en dispose valablement. Il en a la possession. En fait de meubles, possession vaut titre. — Vis-à-vis des tiers, il en est réputé propriétaire. Le tiers, acquéreur de bonne foi, ne peut être inquiété, alors même que les biens ont été aliénés contrairement aux stipulations du contrat de participation. Ces stipulations sont pour les tiers *res inter alios acta*, elles n'entraînent à charge du gérant qu'une obligation purement personnelle et laissent intacts, au regard des tiers, les pouvoirs que l'article 2279 Code civil confère au possesseur des choses mobilières.

b) *Actes judiciaires*. — Le gérant exerce seul toutes les actions en justice relatives aux opérations de la participation : les tiers n'ont d'autre contradicteur légitime que lui. Tout ce qui est jugé pour ou contre lui, l'est également vis-à-vis de ses coassociés (1).

56. — *Restrictions.* — Les pouvoirs du gérant peuvent subir des restrictions :

a) Le gérant ne peut valablement disposer des biens qui sont restés au regard des tiers, la propriété exclusive des participants. Ce principe s'applique spécialement aux immeubles et aux effets de commerce.

Pour les immeubles apportés par les coparticipants, le

(1) Voir n° 72, *infra*.

gérant ne peut valablement en disposer vis-à-vis des tiers, que pour autant que la propriété lui en ait été transmise dans les formes prévues par la loi hypothécaire.

Pour les effets de commerce, si l'effet a été souscrit non au profit du gérant seul, mais au profit de tous les participants nominativement désignés, il ne peut être endossé par le gérant seul, que pour autant qu'il justifie, vis-à-vis du souscripteur du billet, que l'effet lui a été remis avec pouvoir d'en disposer. La simple possession du billet entre ses mains est inopérante. — Si le gérant ne justifie pas du pouvoir de disposer, l'endos fait par lui ne vaut que pour sa part. La preuve du pouvoir ne peut être exigée que par le souscripteur du billet, et non par les coassociés, car entre eux et le gérant, il y a mandat, au moins tacite, de gestion.

b) Des restrictions peuvent être apportées par les conventions des parties.

Ainsi il peut être convenu que le gérant ne pourra pas contracter des affaires pour compte commun sans avoir obtenu d'adhésion de ses coassociés.— Si le gérant méconnaît cette stipulation, l'acte, dans les rapports avec les tiers, peut être valable, mais vis-à-vis de ses coassociés, il peut être nul et de nul effet, à moins que le gérant ne se soit trouvé dans l'impossibilité d'obtenir l'assentiment conventionnellement prévu. A cet égard, il a été jugé que le gérant peut continuer seul les opérations sociales, bien que la convention exige le consentement de son coassocié, quand il lui a été impossible d'obtenir l'agrément de son coparticipant par suite d'une demande en résiliation introduite par ce dernier (1).

Une défense, qui résulte tacitement de l'intention des parties, est celle de disposer à titre gratuit : La donation

(1) Paris, 16 mai 1889, *Revue Soc.* (Vavasseur) 1890, p. 78.

répugne à l'idée de lucre, dans laquelle se meut l'association tout entière : en disposant à titre gratuit, le gérant outrepasse son mandat. Si l'acte est valable vis-à-vis des tiers, au regard des associés il engage la responsabilité du gérant (1).

§ 2. — *Pouvoirs du gérant vis-à-vis des associés.*

57. — Le gérant a le droit d'exiger des associés l'exécution de leurs engagements, et notamment le versement des mises ou des sommes qu'ils se sont obligés à apporter (2).

58. — Le gérant peut-il réclamer aux participants le remboursement immédiat des avances faites par lui ? Supposons que le gérant ait, de ses deniers, acheté des marchandises, destinées à être revendues pour compte commun ; — peut-il, avant tout règlement de compte, contraindre ses coparticipants à lui rembourser une portion des avances, correspondant à leur part d'intérêt dans l'association?

Si le gérant a ce droit, les coparticipants sont exposés à perdre leurs mises, au cas où avant la liquidation le gérant devient insolvable.

En principe, sauf convention contraire, le gérant n'a le droit de réclamer de remboursement à ses coassociés qu'après reddition des comptes.

Cette solution découle de la nature du contrat de participation. Considérée en soi, la participation n'est qu'un compte de profits et de pertes. Le gérant s'est associé avec les participants, non en vue de leur rendre communs les biens par lui acquis, mais en vue de partager avec eux les résultats bons ou mauvais de l'entreprise. Tant que l'affaire n'est pas

(1) Pont, n° 1845.
(2) Voir n° 79, *infra*.

terminée, tant que les gains et les pertes ne sont pas dégagés, la convention ne peut sortir ses effets et les associés sont recevables à repousser toute demande en remboursement (1).

Il en est autrement quand les associés ont convenu de contribuer au paiement des acquisitions. En ce cas, le gérant (ou le participant) qui fait des avances au delà de sa mise, a droit d'exiger le remboursement immédiat, et de réclamer les intérêts depuis le jour de l'avance constatée (2) (art. 2001, C. civ.).

Le recours que le gérant possède contre ses coparticipants, du chef d'avances faites, ou d'engagements contractés pour compte commun (art. 1852, C. civ.) n'est pas un recours solidaire. Dans les rapports de participant à participant, la solidarité n'existe pas (3). Il est vrai que l'article 2002 du Code civil déclare les mandants solidairement tenus envers le mandataire; mais le gérant ne saurait bénéficier de cette disposition; car s'il peut être considéré comme mandataire de ses coassociés, il est aussi mandant pour sa propre part d'intérêt dans l'association.

59. — *c*) Le gérant a-t-il le droit de réclamer un salaire? En principe le gérant-associé n'a pas ce droit (4). Un asso-

(1) Trib. Liége, 27 mai 1886, Cl. et B., t. XXXIV, p. 996; — Dalloz, Suppl., v° *Société*, n° 2046.

(2) Cass. fr., 20 juin 1881, Dall. pér., 1883, I, 262. — Cfr. Cass. fr., 26 mars 1901, *Sir.* 1901, I, 216. — Cass. fr., 20 mars 1900, *Sirey*, 1902, I, 321 et note Wahl. — Houpin, I, n° 93.

(3) Houpin, I, nos 93 et 266; Paris, 22 avril 1886 et Cass. fr., 8 juillet 1887; *Journ. Trib. com.*, t. XXXVI, p. 302 et t. XXXVII, p. 601; — Bordeaux, 24 mars 1897, *Journ. Soc.*, 1897, p. 409; — Beltjens, *Droit commercial*, II, p. 26, n° 8; Cfr. Laurent, t. XXVI, n° 280.

(4) Sentence arbitr., 21 juin 1869, *Jur. Port Anv.*, 1870, I, 49; Anvers, 25 fév. 1880, *Jur. Port Anv.*, 1880, I, 233; Paris, 25 mars 1861, *J. Trib. comm.*, X, 360; Houpin, n° 260.

cié, dit la Cour de Bruxelles, ne peut réclamer de salaire pour soins par lui donnés à la chose commune; ces soins constituent l'accomplissement d'un devoir social (1). Le contraire toutefois peut résulter de la convention ou des circonstances.

Dans une espèce dans laquelle la débition d'une rémunération n'était pas contestée, il a été jugé que le juge du fond peut attribuer au gérant une rétribution, et en fixer le montant (2).

60. — *d)* Le gérant peut-il déléguer ses fonctions à un tiers ?

Le gérant peut, sauf convention contraire, choisir un mandataire spécial pour une ou plusieurs opérations déterminées; mais il ne peut, pas plus que le gérant d'une société en nom collectif ou en commandite (3), se substituer une autre personne à laquelle il transmettrait sa qualité et ses pouvoirs. Le mandat dont il est investi, est donné *intuitu personæ* à raison de son aptitude personnelle, de la confiance qu'il inspire à ses coassociés; ce mandat est incessible (4).

Si le gérant délègue à un tiers certaines de ses fonctions, il est, vis-à-vis des coassociés, responsable des faits du préposé dans les conditions prévues à l'article 1994 Code civil. Ainsi, il est responsable de l'abus, que fait un employé, de la signature de l'association, s'il ne la lui a pas retirée alors qu'il était édifié sur les actes indélicats et compromettants de ce subalterne (5).

(1) Cfr. Brux., 24 mai 1862, *Pas.*, 1869, II, 378,

(2) Rennes, 29 avril 1881, S., 86, I, 20; — Cass. 1er août 1883, DALL. PÉR., 84, I, 357.

(3) NAMUR, no 887; — HOUPIN, no 185; — LYON-CAEN et RENAULT, II, no 257; — Cour Gand, 10 avril 1888, PAND. PÉR., 1888, no 1042 et Civ. Charleroi, 4 février 1891, *Revue prat. Soc.*, 1891, p. 158 et note; — Liége, 16 janvier 1901. *Revue prat. Soc.* 1901, p. 81 et note.

(4) DELOISON, no 558.

(5) Cass fr., 8 juillet 1887; *Sirey*, 1889, I, 252.

SECTION III. — *Obligations et responsabilité du gérant.*

61. — La responsabilité du gérant vis-à-vis des participants est réglée par le pacte social, et, à défaut, par les règles du mandat.

62. — *a*) Le gérant doit rester dans les limites de son mandat (1). Il est responsable s'il vend à terme, alors que le pacte social prohibe tout crédit;

S'il change l'objet de l'entreprise; par exemple, si au lieu de vendre un navire indivis, il le fait naviguer pour son compte;

Si le gérant d'un syndicat, fondé pour l'achat d'un nombre limité de titres d'une société, dépasse le chiffre maximum fixé, il a été jugé que l'opération tout entière doit demeurer à ses risques et pour son compte (2);

Lorsque des syndicataires chargent le gérant de souscrire des titres à une émission « au nom du syndicat », la jurisprudence estime que le gérant exécute fidèlement le mandat donné, en faisant la souscription au nom des divers syndicataires personnellement.

Attendu, dit la Cour d'appel de Bruxelles, que les termes (que la souscription se fera au nom du syndicat) ne peuvent avoir d'autre signification, que de dire que la souscription serait faite au nom de chacune des individualités qui le composaient, la formation d'un syndicat n'ayant pas donné naissance à une entité juridique distincte des personnes qui y participaient. Que le mandat de souscrire au nom d'un tiers

(1) Cfr. Cass. fr., 20 mars 1900, *S.*, 1902, I, 321 et voir Comm. Bruxelles, 8 juin 1903, *J. Trib.* 1903, p. 1218.

(2) Trib. Comm. Seine, 29 avril 1890, *J. Trib. Comm.* t. XL, p. 190.

emporte l'obligation pour le mandataire de souscrire, non pas en son nom, mais bien au nom des syndicataires, les mandants. — La Cour ajoute que le but de la combinaison syndicataire exige que le gérant ne figure pas seul comme souscripteur. En effet, le but du syndicat est moins de garantir à la société émissionnaire la souscription de ses titres, que d'assurer la revente avec prime des titres souscrits. Or, pour réaliser ce but, il faut assurer le crédit des actions dans le public, en montrant, par le grand nombre de souscripteurs, combien les actions sont déjà classées et répandues (1). — La jurisprudence française est dans le même sens (2).

63. — *b*) Le gérant doit apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille. Il est tenu non seulement de son dol ou de sa faute lourde, mais encore de toute faute dommageable, pouvant être considérée comme une infraction aux règles de sage administration, suivies généralement par celui qui gère ses propres affaires (3).

64. — *c*) Sauf convention contraire, le gérant (de même que les autres participants), peut faire pour compte personnel des opérations commerciales de même nature que celles de la participation. Sa qualité d'associé lui impose néanmoins des réserves. Il lui est interdit de sacrifier les intérêts sociaux à ses intérêts propres (1850, C. civ.), et ce, à peine de voir

(1) Bruxelles, 11 mai 1889, *Pas.*, 1889, II, 311; *Revue prat. Soc.*, 1890, p. 27.

(2) Paris, 19 février 1885, D. P., 1885, II, 181; — Id., 28 avril 1887, D. P., 1888, II, 105; — Id., 24 avril 1888, D. P., 1888, II, 288; — Id., 9 février 1888, D. P., 1890, II, 265; — Trib. comm. Seine, 31 déc. 1883, *Rev. Soc.*, 1884, p. 311.

(3) Paris, 16 mai 1889, *Rev. Soc.* 1890, p. 78; — Id., 6 juillet 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, II, 661; — Comm. Anvers, 25 février 1880, *Jur. Port Anvers*, 1880, I, 233; — Cfr. Cass. fr., 8 juillet 1887, *Rev. Soc.* 1887, p. 467.

déclarer la convention d'association résolue à sa charge, avec dommages-intérêts.

Considérant, dit un arrêt (1), que même en admettant que l'absence d'une clause restrictive et formelle permît à V... (gérant d'une participation) de fabriquer et de vendre sous son nom personnel du chocolat, il est hors de doute que voulant exécuter son contrat d'association de bonne foi, V... devait prendre toutes les précautions nécessaires pour que son produit fût présenté au public dans des conditions et sous des apparences absolument différentes de celles du chocolat de Meunier frères (ses coassociés), et pour que ses voyageurs n'essayassent pas de substituer la marque V... à celle de Meunier frères, en comparant les deux chocolats, et en faisant ressortir aux yeux des clients, les avantages de l'un sur l'autre : qu'en un mot V... devait veiller à ce que les intérêts de l'association, dont il était le gérant, ne fussent pas sacrifiés à ceux de V... seul.

65. — *d*) Le gérant doit-il tenir une comptabilité spéciale?

Si le gérant ne fait d'autres affaires que celles de la participation, il doit, comme tout commerçant, tenir les livres prescrits par l'article 16 de la loi du 15 décembre 1872.

S'il fait en outre d'autres affaires, il n'est pas obligé de tenir une comptabilité distincte pour les affaires de l'association. L'obligation d'une comptabilité spéciale n'existe que pour les sociétés, personnes civiles (2).

Toutefois, au cas où à côté des affaires sociales, le gérant

(1) Paris, 5 juillet 1899 et Cass. franç., 2 janv. 1901. *J. Trib. Comm.*, 1900, p. 391 et 1901, p. 663.

Paris, 16 mai 1889, *Revue Soc.*, 1890, p. 78 ; — Vavasseur, n° 323 ; — Houpin, nos 259 et 262 (voir aussi 233).

(2) Beltjens, *Droit Commercial*, t. Ier, p. 123, art. 3*bis*.

fait des affaires personnelles de même nature, il a été jugé que la distinction des comptabilités est le meilleur moyen pour vérifier la gérance sans réticences, et que si le gérant a porté sur les mêmes livres les deux catégories d'opérations, il est tenu de produire ces livres, sans en rien cacher, encore qu'il puisse en résulter des inconvénients à l'égard de ses affaires personnelles (1).

66. — *e*) Le gérant est obligé de mener à fin toutes les opérations et de rendre compte de sa gestion.

Examinons : 1° à quel moment cette reddition de comptes doit avoir lieu ; 2° dans quelle forme ; 3° la dispense de rendre compte ; 4° la force obligatoire du compte rendu et approuvé.

67. — Epoque de la reddition des comptes.

La reddition des comptes a lieu aux époques convenues ; dans le silence des conventions, elle a lieu à la fin de l'association. Toutefois, lorsqu'une participation a pour objet des opérations de longue durée ou l'exploitation d'une branche de commerce, il est de règle, et on peut dire de convention tacite, que les associés se tiennent compte une fois l'an des résultats obtenus (2).

Renvoyer, dans les participations de longue durée, le règlement des comptes, et le remboursement des pertes à l'époque de la liquidation finale, serait opérer contrairement à tous les usages suivis dans les sociétés commerciales, contrairement à la prudence la plus vulgaire, et faire supporter souvent par un des associés un découvert qui doit peser sur tous.

(1) Comm. Seine, 6 déc. 1892, DALL., Suppl., v° *Société*, n° 2045.

(2) DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 2053 ; — PONT, n° 1835 ; — HOUPIN, n. 267 ; — LYON-CAEN et RENAULT, n° 1064 ; — Paris, 22 avril 1886, *Rev. Soc.*, 1886, p. 313 ; — POULLE, n°s 299 et s. ; — Cass. fr., 8 juillet 1887, SIR., 1889, I, 252.

68. — Mode de reddition des comptes.

Le gérant doit présenter un état détaillé des recettes et dépenses, la récapitulation de la balance, le tout appuyé des pièces justificatives (1). Ces formalités, qui se rencontrent dans toute reddition de compte (art. 533 et 536, C. proc. civ.), sont nécessaires pour que les participants puissent contrôler les opérations de la gérance. Les participants peuvent exiger la communication des livres tenus par le gérant.

Il est admis que bien que la liquidation de la participation aboutisse à un compte de profits et de pertes, ce compte, au cas où il est arrêté par justice, n'est, ni dans sa forme ni dans son mode de reddition, assimilable à un compte judiciaire, que partant les règles prévues aux articles 530 et suivants du Code de procédure civile sont inapplicables (2).

Il a été jugé aussi qu'un participant n'est pas recevable à se prévaloir de la cause illicite des engagements contractés par son coassocié, pour faire retrancher du compte de l'association les sommes payées en exécution de ces engagements, s'il a connu les engagements pris et ne les a pas répudiés (3), et que d'autre part on ne doit pas comprendre dans le partage effectif un bénéfice non réalisé définitivement, ou litigieux (4).

69. — Dispense de rendre compte.

Le gérant peut-il être dispensé de rendre compte?

(1) GUILLOUARD, sous article 1993 du Code civil, n° 134; — WAHL : *Du Mandat*, n° 676.

(2) Cass. fr., 8 nov. 1871, D. P., 1871, p. 253; — GARSONNET, 2e éd., t. IV, 1231 et note 9; — BOITARD, t. II, p. 786.

(3) Cass. fr., 3 février 1879; DALL. PÉR., 1879, 1, 308.

(4) Cass. fr., 20 mai 1874 et 1er mars 1886; SIR., 1874, 1, 427; PAND. PÉR., 1887, 1, 65.

Distinguons la dispense absolue de rendre compte et la dispense de rendre un compte détaillé.

a) Quant à la première dispense, ***Laurent***, et à sa suite d'autres auteurs (1), soutiennent que la reddition du compte est de l'essence du mandat ; que dispenser le mandataire de rendre compte, c'est l'affranchir des suites de sa faute et même de son dol. Pareille dispense constitue un pacte ***ne dolus prœstetur***, partant un pacte nul.

La majorité des auteurs estime, au contraire, que l'obligation de rendre compte n'est pas de l'essence, mais de la nature du mandat : qu'un mandant, maître de ses droits, est libre de les compromettre en s'abandonnant à la bonne foi, à la discrétion du mandataire (2).

La jurisprudence belge est favorable à cette seconde opinion. Si, en principe, porte un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, le mandataire est obligé de rendre compte de sa gestion, cette règle souffre exception, dans le cas où il résulte de toutes les circonstances de la cause que l'intention commune des parties a été de ne pas soumettre le mandataire à semblable obligation (3).

b) Si la validité de la clause, dispensant d'une manière absolue le mandataire de rendre compte, est contestée, par contre, il y a unanimité pour reconnaître la validité d'une clause par laquelle le mandataire est autorisé à rendre un

(1) LAURENT, t. XXVII, no 496; — ARNTZ, t. IV, no 1474; — PAND. B., vo *Mandat*, no 2081.

(2) PONT, *Petits Contrats*, t. 1er, no 1003; — TROPLONG, *Mandat*, no 415; — HUC, *sub*. art. 1993, no 46; — GARSONNET, *Procédure*, t. III, 1076, note. — FUZIER HERMANN, *Répertoire Droit français*, vo *Compte*, no 1003; — DALLOZ, Répert., vo *Mandat*, no 237. Suppl., *Id*., no 88.

(3) Brux., 17 juillet 1878, *Pas*., 1879, II, 173.

compte global, sans avoir à fournir ni détails constitutifs du compte, ni pièces justificatives (1).

Une dispense de cette nature apparaît dans presque toutes les conventions des syndicats financiers. Il y est dit « que l'acceptation des comptes, tels qu'ils seront présentés par le gérant, est obligatoire pour tous les participants » — ou « que chaque syndicataire s'engage, par le fait de son adhésion au syndicat, à accepter les comptes tels qu'ils seront arrêtés par les gérants » ou des stipulations analogues.

Ces stipulations sont licites et lient les syndicataires : ceux-ci, le cas de dol excepté, ne sont pas recevables à exiger un compte détaillé. Ils doivent admettre le solde, tel qu'il est déclaré par le gérant (2).

Est-ce à dire que le gérant peut, au moyen d'un compte global par lui présenté, se constituer créancier des syndicataires pour des sommes importantes ? Nous ne le croyons pas.

L'obligation, assumée par les syndicataires d'accepter le compte global, doit être combinée avec les principes généraux qui régissent l'ordre des preuves, et notamment avec le principe fondamental : que le demandeur qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver (1315 C. civ.)

Si les syndicataires doivent accepter comme exact l'excédent favorable, accusé par le compte global, — au contraire, au cas où le gérant prétend être non leur débiteur, mais leur créancier, il doit, comme tout demandeur, justifier de sa

(1) Cfr. Arntz, *Droit civil*, t. IV, n° 1474 ; — Pand. B., v° *Mandat*, n° 2081 ; — Guillouard, *sub* art. 1993, n° 133 et auteurs cités, note 2, page précédente.

(2) Cette manière de voir semble se refléter dans les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, 6 mars 1903, *Jur. Comm. de Brux.*, 1903, p. 162.

créance, en conséquence, justifier autrement que par une balance finale des comptes, qu'il a fait des dépenses supérieures aux sommes qui lui ont été confiées. La dispense de rendre un compte détaillé n'exonère le gérant de toute justification que pour autant que les doit et avoir du compte se balancent, ou soldent par un excédent favorable aux syndicataires (1).

70. — Force obligatoire du compte rendu et approuvé.

L'approbation des comptes vaut décharge pour le gérant.

Sauf convention contraire, la majorité des associés ne peut pas valablement donner au gérant un *quitus* général; en principe, tout associé peut, dans la mesure de sa part, attaquer le gérant à raison de ses fautes et lui demander une indemnité proportionnelle.

Le compte ayant été rendu et approuvé, il est défendu de demander sa revision (art. 541 C. proc. civ.). Il n'est permis que de demander le redressement des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois d'ordre purement matériel, et à charge pour le demandeur de spécifier les postes erronés (2).

Les bénéfices encaissés par les associés lors des règlements partiels leur restent définitivement acquis et ne sont pas sujets à répétition, même si par suite des pertes ultérieures, l'apport de l'associé est diminué (3). Il est, en effet, de principe, en matière de société, que même à l'égard des tiers, et

(1) Cfr. Beltjens, *Droit civil*, t. IV, art. 1993.

(2) Poitiers, 8 déc. 1892 et Cass., 27 juin 1894. *Sirey*, 1898. I, 460; — Cfr. Cass. franç., 15 mars 1876, *Pas.*, 1876, I, 513; — Garsonnet, 2e édit., t. IV, 1237; — Cass. franç., 28 fév. 1899 (association de fait), *Rev. Soc.*, 1899, p. 294.

(3) Le Code de commerce allemand, art. 337, édicte le même principe. mais avec une restriction : « L'associé tacite n'est pas obligé de rapporter à raison de pertes ultérieures, le bénéfice perçu ; néanmoins le bénéfice

a fortiori au regard des associés, les bénéfices ou les dividendes, dont la sincérité n'est pas contestée, sont définitivement acquis après leur distribution (1).

SECTION IV. — *Droits des associés vis-à-vis des gérants.*

71. — Les associés ne peuvent pas attaquer vis-à-vis des tiers, les actes faits sans fraude par le gérant. Au regard des tiers, le gérant agit, non comme mandataire ou comme représentant d'une société, mais en nom propre, pour compte personnel. Les rapports du gérant et de ses coassociés sont pour les tiers *res inter alios acta*. Le gérant a-t-il outrepassé son mandat, les associés peuvent lui laisser l'acte pour compte, mais ils ne peuvent inquiéter le tiers qui a traité de bonne foi. Que si le tiers a colludé avec le gérant, les associés peuvent poursuivre l'annulation de l'acte, par l'action paulienne, dans les conditions du droit commun (1167, C. civ.).

La Cour d'appel a déclaré nuls les engagements des syndicataires vis-à-vis d'un tiers (une banque) qui avait connu les manœuvres frauduleuses employées pour amener l'adhésion des participants au syndicat (2).

72. — Le gérant est le représentant en justice de ses coassociés (voir n° 55). Les participants ne sont pas recevables à faire tierce opposition aux jugements rendus contre lui

annuel sera employé à couvrir la perte, aussi longtemps que son apport se trouve réduit par suite des pertes ».

(1) Paris, 22 avril 1886; — Cass. franç., 8 juillet 1887; *Rev. fr. Soc.*, 1886, p. 313 et 1887. p. 472; — Cass. franç., 16 janv. 1891, *Rev. Soc.* 1891, p. 429; — Comm. Seine, 3 déc. 1895; *Gaz. Pal.*, 1896, 1, 552; — Comm. Brux., 15 janv. 1903; *Jur. Comm. Brux.*, 1903, p. 154.

(2) Brux., 14 juin 1899, *Rev. Droit comm.*, 1899, n° 190.

(art. 474, C. proc. civ.), ni à intervenir sur l'appel formé contre ces jugements. Pour pouvoir recourir à la voie de la tierce opposition, il faudrait que le gérant eût colludé avec le tiers (1).

73. — Les participants peuvent-ils faire opposition aux actes du gérant?

L'opposition n'est pas recevable, si le gérant est nommé par les statuts. Cette opposition constituerait une révocation partielle, qui n'est pas plus admise qu'une révocation complète (1856 du Code civil). Si le gérant est nommé par un acte non statutaire, le participant a le droit d'opposer son veto. Ce veto n'est pas péremptoire : le gérant peut provoquer une assemblée des associés et passer outre, si la majorité l'autorise (2).

S'il existe plusieurs gérants, solidairement ou indivisément responsables, chacun d'eux a le droit de s'opposer à l'acte de son cogérant; ce dernier a le devoir de s'arrêter; s'il passe outre, l'acte peut être nul dans les rapports des associés entre eux (3).

74. — Les participants ont le droit de contrôler l'administration du gérant. Ce droit comporte celui de prendre communication des livres, pièces et documents de l'association. Le dépositaire des pièces et documents est tenu d'en donner communication à ses coïntéressés : les écritures relatives à la participation étant la propriété commune des associés (4).

L'associé qui réclame la communication des livres ne

(1) Pont, n° 1846.

(2) Cpr. Lyon-Caen et Renault, II, n° 266; — Houpin, 190.

(3) Cpr. Laurent, t. XXVI, n° 318. — Pont, n° 1849.

(4) Brux., 10 août 1853, *Pas.*, 1854, II, 220; — Sentence arbitrale, 16 janvier 1860 et Brux., 26 octobre 1861; *Jur. Port Anvers*, 1862, I, 120.

peut être tenu de spécifier les passages à en extraire, que par leur rapport à la participation même (1).

Le participant peut-il faire vérifier les livres par un mandataire, tel un comptable ? D'après le droit commun, on peut faire accomplir par mandataire tous actes, autres que ceux pour lesquels la loi ou une convention exige l'action personnelle. Aucun texte de loi n'exige que la vérification se fasse par l'associé lui-même; comme, d'autre part, celui-ci délègue un pouvoir qui lui est accordé dans son intérêt exclusif, les statuts, à moins de stipulation contraire, ne doivent pas être considérés comme lui ayant interdit cette délégation. Néanmoins, il va de soi que conformément à la volonté présumée des contractants, le participant doit exercer sa délégation dans des conditions qui, tout en sauvegardant ses droits, ne portent préjudice ni à l'association, ni à ses coassociés : partant il ne doit confier la délégation qu'à un mandataire présentant toutes garanties d'honorabilité et de discrétion (2).

75 — Le droit de contrôle et de vérification des participants peut subir des restrictions quand la sauvegarde des intérêts sociaux l'exige. Ainsi, si un participant fait, pour compte personnel, un commerce similaire à celui de la participation, il peut lui être interdit de venir surprendre par une inspection journalière des écritures sociales, les secrets du commerce de la participation ; son droit de contrôle

(1) Brux., 10 août 1853, *supra*.

(2) Les solutions que nous donnons ici ont été consacrées par la jurisprudence en matière de commandite simple : Paris, 25 février 1890, *Rev. Soc.* (Vavasseur), 1890, p. 249 ; — Bordeaux, 16 décembre 1897, *Rev. prat. Soc.* (Belge), 1900, p. 116 et note; — Houpin, nos 190 et 232 ; — Rousseau, no 1005 ; — Vavasseur, no 309. — *Contra* : Lyon-Caen et Renault, t. II, no 272 ; — Thaller, no 405.

peut être réduit à l'examen et à la vérification du bilan annuel.

Les participants perdent-ils le droit de vérification individuelle, au cas où il a été constitué un comité de surveillance ?

Par analogie avec ce qui a été décidé pour les commandites simples (1), nous croyons que l'institution d'un conseil de surveillance n'implique pas, dans l'intention des contractants, une renonciation au droit de surveiller et de vérifier individuellement, ni même au droit de déléguer la vérification à un mandataire (2).

Il en est autrement si les parties ont dispensé le gérant de rendre des comptes détaillés. Il serait, en effet, contradictoire que, d'une part, les parties aient entendu renoncer à toute justification du compte à présenter globalement, et que d'autre part, elles se soient réservé à chacune d'elles le droit de vérifier ou de faire vérifier par un comptable tous les éléments constitutifs du compte, et ce jusqu'à la veille du jour où ce compte doit être arrêté. S'il est vrai que les renonciations ne se présument pas, il n'est pas moins exact que les renonciations ne doivent pas être expresses, et que la renonciation à un droit peut s'induire d'une stipulation conventionnelle avec laquelle l'exercice du droit est inconciliable. — Partant, la dispense de rendre des comptes détaillés comporte renonciation au droit de contrôle quotidien.

En vue de prévenir des contestations, les parties agiront prudemment en mentionnant d'une manière formelle les restrictions qu'elles entendent apporter aux droits des participants.

(1) Bordeaux, 16 déc. 1897 et 3 juillet 1895, *Rev. prat. Soc.*, 1900, p. 116 et 1896, p. 252.

(2) *Contrà* : Comm., Seine, 1er déc. 1902, *Journ. Soc.*, 1903, p. 325.

76. — Le participant a le droit d'exiger des comptes. (Voir *supra*, nos 66 à 70.)

SECTION V. — *Pluralité de gérants.*

77. — Une participation peut avoir plusieurs gérants. Au point de vue de l'étendue de leurs pouvoirs, diverses situations peuvent se présenter.

En premier lieu, les statuts peuvent assigner aux divers gérants des sphères d'action distinctes, avec attribution à chacun d'eux des pouvoirs spéciaux. Dans ce cas chaque gérant doit se cantonner dans les limites de son mandat.

En second lieu, les statuts peuvent désigner les gérants sans fixer à leurs fonctions respectives une ligne de démarcation. Dans ce cas, chacun des gérants a le droit de faire seul tous les actes intéressant la société (1857, C. civ.). Les actes juridiques n'ont pas besoin d'être délibérés ensemble (1). En cas de dissentiment, la majorité des gérants décide; à égalité de voix ils doivent s'abstenir, ou soumettre la difficulté à l'assemblée des associés.

Enfin les statuts peuvent stipuler qu'aucun des gérants ne peut rien faire sans le concours de ses collègues. L'article 1858 du Code civil déclare que la société ne peut être liée que par l'action conjointe de tous. Toutefois, il est admis par la jurisprudence et par la majorité des auteurs que le principe de l'unanimité doit fléchir en cas d'urgence : s'il y a péril en la demeure, le gérant présent peut faire seul les actes indispensables (2).

(1) Cpr. *Rev. prat. Soc.* 1902, pp. 50 à 56.

(2) BELTJENS, *Droit commercial*, t. II, art. 17, nos 69 et s.; — HOUPIN, t. Ier, no 101 ; — GUILLOUARD, no 131 ; — AUBRY et RAU, t. IV, § 382,

En principe, il n'existe aucune solidarité entre les gérants, (1995, C. civ.). Pour que les gérants soient tenus solidairement vis-à-vis des associés (1), il faut que la solidarité ait été stipulée, ou qu'ils se soient rendus coupables d'une faute commune indivisible (2).

TITRE II. — RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

78. — La loi laisse aux associés toute latitude de régler leurs droits et leurs obligations. Dans le silence du pacte constitutif, comment les rapports sociaux sont-ils fixés?

SECTION Ire. — *Obligations des associés quant aux apports, aux remboursements, aux risques.*

79. — *Apports.* — Les participants sont obligés d'effectuer leur apport suivant le prescrit du contrat; il se peut que chaque associé doive transmettre la propriété de son apport au gérant; — il se peut que, sans transférer la propriété, il ne doive remettre l'apport que pour que le gérant s'en serve dans l'intérêt commun, — ou que gardant l'apport par devers lui, le participant se charge de le faire fructifier lui-même — ou enfin, qu'il doive se tenir prêt à faire les versements en argent que le gérant a le droit d'exiger.

L'engagement pris par plusieurs associés de fournir les

note 3; — Cpr. Liége, 20 juin 1901, *Rev. prat. Soc.*, 1902, p. 77; — *Contrà* : PONT, t. Ier, no 539; — LAURENT, t. XXVI, no 312; — HUC, t. XI, no 91.

(1) Vis-à-vis des tiers, les gérants sont solidaires du moment qu'ils agissent conjointement.

(2) Cp. HOUPIN, no 225; — ROUSSEAU, no 558; — Voir toutefois THALLER no 398.

fonds nécessaires à une participation n'est ni solidaire ni indivisible. Le gérant n'est pas fondé à réclamer à un seul des participants, sous prétexte d'indivisibilité, tout le capital nécessaire à l'exécution de l'entreprise (1). Sauf convention contraire, l'associé n'a pas droit aux intérêts des versements faits à titre de mise; en opérant ces versements, il acquitte une obligation lui incombant (2).

80. — Au cas où l'associé ne verse pas les sommes dans les conditions convenues, devient-il, *ipso facto*, passible des intérêts ?

La question est controversée.

La plupart des auteurs prétendent que non (3). Ils estiment que le premier paragraphe de l'article 1846 du Code civil n'est pas applicable, parce que la participation ne constitue pas une personne civile; que partant les intérêts ne courent que depuis le jour de la demande en justice (art. 1153, C. civ.).

Cette opinion nous paraît erronée.

La question de la personnalité civile n'a rien à voir en l'occurrence. La société civile ne constitue pas (au moins d'après la jurisprudence belge) une personne juridique, pas plus que la participation, et cependant c'est pour la société civile que l'article 1846 est édicté.

L'article 1846 a pour fondement un motif d'équité : la loi veut maintenir l'égalité entre les associés (4). Les associés

(1) Paris, 22 avril 1886, *Journ. Trib. Comm.*, t. XXXVI, p. 302 ; — Cass., 8 juillet 1887, *id.*, t. XXXVII, p. 601 et Sirey, 1887, I, 467.

(2) Cfr. Gand, 19 nov. 1887, *Pas.*, 1888, II, 173 ; — Vavasseur, t. Ier, no 319.

(3) Poulle, no 136 ; — Rousseau, no 3027 ; — Vavasseur, t. Ier, no 319 ; — Dalloz, suppl. *Société*, no 2019.

(4) Cfr. Baudry et Wahl, *Société*, no 179 ; — Huc, *sub article* 1846, no 67 ; — Voir Laurent, XXVI, no 249.

étant tous appelés à recueillir les bénéfices réalisés depuis le jour de la formation du contrat, il ne faut pas que celui qui n'a pas effectué sa mise se trouve dans une situation plus favorable que celui qui a effectué la sienne. Partant, le participant débiteur de sommes à apporter, est tenu des intérêts depuis le jour où ses apports doivent être faits (1).

81. — *Remboursement.* — Le participant doit contribuer au remboursement des sommes déboursées par le gérant ou un autre coparticipant pour compte de la société, et supporter *pro parte* les obligations contractées de bonne foi pour les affaires sociales (art. 1852, C. civ.). (Voir *supra*, nº 58.)

82. — *Risques.* — Qui supporte les risques atteignant les biens sociaux ?

a) Si les biens sont indivis entre les participants, la perte est supportée par tous. *Res perit domino.*

b) Si le risque frappe un bien, acquis pour compte de l'association, au nom du gérant, et appartenant à ce dernier, il doit être supporté par tous.

L'égalité qui doit régner entre associés serait rompue si, d'une part, on admettait une vocation égale de tous les associés à la répartition des résultats favorables et si, d'autre

(1) JASPAR, p. 230.

L'article 1846, § 2, C. civ., porte que l'associé qui a pris des sommes dans la caisse sociale doit les intérêts à compter du jour où il les a retirées pour son profit particulier.

Cet article suppose l'existence d'une « caisse sociale ». Dans la participation en règle générale, il n'existe pas de caisse sociale proprement dite; les sommes versées au gérant passent dans son patrimoine. L'article 1846, § 2 ne peut trouver d'application que dans les cas, où les parties constituent entre elles une caisse commune indivise.

part, on imposait au gérant seul le poids des risques mauvais. D'ailleurs, cette manière de faire serait en contradiction avec l'article 1852 du Code civil qui donne à l'associé une action contre la société à raison des risques inséparables de la gestion (1).

c) S'agit-il d'un bien apporté par un associé et dont celui-ci s'est réservé la propriété, la perte de la chose reste exclusivement à charge de l'associé au cas où elle provient d'un fait étranger à la négociation *(res perit domino)*; mais si la perte procède d'événements et de risques attachés aux opérations pour lesquelles l'association est formée, la perte, pour les considérations données *sub littera b*, doit entrer dans le passif commun et se répartir entre tous (2). Tel le cas où les marchandises apportées par Pierre, envoyées à Paul aux fins de revente, périssent en cours de route; où un manquant survient dans une quantité d'alcool, destinée à la vente, si le manquant est le résultat de manipulations que la marchandise a subies (3).

Ces règles, quant à la charge des risques, n'ont rien d'absolu : les parties peuvent les modifier et stipuler par exemple, que des marchandises, expédiées pour compte commun, voyageront aux risques exclusifs de leur propriétaire. Cette clause n'est pas contraire à l'article 1855 du Code civil, car il est d'autres pertes que celles résultant du cas fortuit.

(1) Conf. Houpin, nº 257; — Poulle, nºs 161 et s.; — Lyon-Caen et Renault, nº 1061; — Ruben de Couder, *Dictionnaire*, vº *Soc. en particip.*, nº 63.

(2) Poitiers, 8 décembre 1892, Cass. franç., 27 juin 1894; Sirey, 1898, I, 460; — Molinier, *Droit commercial*, nº 608; — Poulle, nº 161; — Pont, t. II, nºs 1831-1832; — Lyon-Caen et Renault, t. II, nº 1061.

(3) Poitiers, 8 décembre 1892 et Cass. fr., 27 juin 1894, *supra*.

SECTION II. — *Répartition des gains et des pertes.*

83. — Les parties fixent à leur gré la répartition des gains et des pertes. Leur volonté n'a d'autres limites que celles inscrites à l'article 1855 du Code civil, défendant, à peine de nullité du contrat d'association, d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés, ou d'exonérer un associé de toute contribution aux pertes.

Un syndicat avait été créé entre un banquier et des bailleurs de fonds, en vue de réaliser des bénéfices par des spéculations de bourse; le banquier ayant garanti à ses associés le remboursement intégral de leur capital et un bénéfice invariable de 10 p. c., le syndicat fut déc'aré nul et les syndicataires furent admis au passif de la faillite du banquier pour le montant du capital par eux versé, sous déduction des sommes reçues à titre de bénéfices : la preuve étant rapportée qu'aucun bénéfice n'avait été réalisé (1).

Deux personnes avaient fondé une maison de commerce : le gérant donnait son industrie, le participant apportait le matériel et les marchandises. Il était stipulé que le gérant supporterait seul les pertes et que 1 p. c. sur les ventes serait donné au participant. La participation a été annulée (2).

Un associé peut se faire garantir le remboursement de sa mise par un tiers, étranger à l'association, mais il lui est interdit, de par l'article 1855 du Code civil, de se faire donner, au cours de l'association, cette même garantie par un

(1) Comm. Seine, 20 mai 1891; Paris, 16 juillet 1891, *Revue Soc.*, 1891, pp. 451 et 542.

(2) Cass. franç., 18 mai 1896, DALL. PÉR., 1897, I, 249. — Cfr. Cass. franç., 18 nov. 1895, DALL. PÉR., 1896, I, 34.

associé (1). La Cour de cassation de France a cependant validé une combinaison par laquelle le gérant d'une société en commandite s'obligeait de payer les primes d'une assurance sur la vie, assurance dont le capital était payable à son associé, au cas où celui-ci n'aurait pu retirer sa mise, lors de la dissolution de la société (2). — Cet arrêt est inconciliable avec l'article 1855 du Code civil (3).

84. — Il arrive que les parties règlent la répartition des bénéfices et omettent de parler de la répartition des pertes. Cette omission ne rend pas le contrat nul. Se basant sur la volonté présumée des contractants, la doctrine et la jurisprudence décident que le mode conventionnel de partage admis pour les bénéfices, doit être suivi pour la répartition des pertes (4).

85. — Si les parties n'ont pas réglé le partage des bénéfices et des pertes, il faut appliquer les articles 1853 et 1854 du Code civil, c'est-à-dire décider que les parts dans les gains et les pertes sont proportionnelles aux mises.

(1) LAURENT, t. XXVI, nº 293; LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nº 46; NYSSENS et CORBIAU, *Traité*, nºs 160-161.

(2) Arrêt Cass., 9 juin 1890, DALL., 1890, 1, 409 (note Planiol); THALLER, *Trai é*, nº 389.

(3) Si, après la dissolution de l'association, un associé s'oblige de rembourser l'apport du participant, absorbé par les pertes sociales, cet engagement ne comporte pas l'assurance contre le risque des pertes éventuelles, prohibée par la loi, mais porte sur un règlement de pertes consommées et est valable. — Cpr. Cass. franç., 23 mai 1900, SIR., 1900, I, 488.

(4) Gand 7 déc. 1895, *Pas.*, 1896, 2, 265; — Brux., 24 déc. 1884, *Journ. Trib.*, 1885, p. 233; — Cass. franç., 11 janv. 1865, DALL. PÉR., 65, 1, 9; — Paris, 17 juillet 1901; *Le Droit*, 17 juillet 1901; — DALLOZ, suppl., *Société*, nº 2004; — VAVASSEUR, t. Ier, nº 136; — GUILLOUARD, nº 219; — LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n 47; — NYSSENS et CORBIAU, t. Ier, nº 167.

Le principe de l'article 1853 (C. civ.), est absolu : il faut l'appliquer en toute hypothèse, que les apports soient faits en espèces ou en nature, qu'ils soient estimés ou non lors de la constitution de l'association (1).

Des auteurs et des tribunaux ont rejeté le principe du partage proportionnel, au cas où les mises des associés ne sont pas estimées lors de la conclusion du contrat de société, et encore quand toutes les mises consistent en apports d'industrie. Dans ces hypothèses, dit-on, il faut admettre que les parties ont voulu répartir les gains et les pertes par tête : c'est-à-dire, par parts égales (2).

La Cour de cassation de France a décidé que si les associés sont convenus de ne mettre en commun que leur industrie, les bénéfices et les pertes doivent être répartis par parts égales, sauf convention contraire (3).

Dans une participation créée entre deux personnes dont chacune faisait un apport en numéraire et un apport d'industrie, la Cour de Gand a admis (4) « que la détermination dans les bénéfices et les pertes de la participation ne résultant d'aucun élément de la cause, il y avait lieu de faire supporter les charges sociales par les associés sur un pied d'égalité ».

La Cour de Liége a même décidé : que en matière de sociétés en participation, la règle est la répartition égale de l'actif et

(1) Cfr. LAURENT, t. XXVI, nos 297 et s. ; — NYSSENS et CORBIAU, nos 170 et s. ; — LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nos 50 et s. ; HUC t. XI, no 78 ; — HOUPIN, t. Ier, nos 120 et s.

(2) MOLINIER, *Droit commercial*, t. Ier, no 377 ; — PARDESSUS, *Droit commercial*, no 996 ; — ALAUZET, t. II, no 419.

(3) Cass. franç., 16 nov. 1886, DALL. PÉR., 1887 I, 391.

(4) Gand, 19 nov. 1887, *Pas.*, 1888, II, 173 ; Cfr. Comm. Gand, 19 janv. 1878, CLOES et BONJEAN, t. XXVII, p. 407.

du passif, et que celui qui allègue une dérogation à cette règle doit la prouver (1).

Cette opinion est erronée. — Il est vrai que la présomption d'égalité des parts peut en maintes hypothèses correspondre à l'intention réelle des contractants, mais l'ériger en règle générale, comme fait la Cour de Liége, c'est méconnaître et l'article 1853 du Code civil, dont les termes sont catégoriques, et l'article 1350 du Code civil qui n'admet d'autres présomptions que celles créées par la loi.

86. — Observons toutefois que l'article 1853 du Code civil ne s'applique que lorsque les mises ont été déterminées ou opérées lors de la formation de la société.

Si l'apport des associés n'a pas été fixé au moment de la constitution de la société, si en s'associant, les associés, sans déterminer le montant de leur engagement, se sont obligés à faire « les versements nécessaires à l'opération, au fur et à mesure des besoins », l'article 1853 du Code civil est inapplicable. — L'article 1853 est basé sur l'équité : il doit céder et disparaître quand son application peut mener à des résultats iniques. Or les mises des associés n'étant pas fixées, le gérant pourrait, à son gré et selon son intérêt, étendre ou restreindre l'importance de la part des coparticipants, leur demandant des versements importants, si l'affaire apparaît sous un jour défavorable ; au contraire limitant leur part d'intervention, avançant lui-même les fonds nécessaire, si l'affaire est de nature à réussir. Aussi est-il admis, lorsque les mises des associés au lieu d'être déterminées lors de la constitution de la société, se composent d'apports successifs, faits au fur et à mesure des besoins — que les gains

(1) Liége, 21 oct. 1891, *Pas.*, 1892, II, 300 ; Cfr. Anvers, 21 déc. 1900, *J. Trib.*, 1901, p. 60.

et les pertes se répartissent par tête, sans avoir égard au chiffre des versements opérés (1).

87. — Le participant doit-il intervenir dans les pertes au delà de sa mise?

Oui, sauf convention contraire.

A l'origine de la participation, dans le droit italien (voir nos 1 à 4), le participant n'était responsable qu'à concurrence de sa mise.

L'ancien droit français et la législation moderne ont répudié ce principe.

D'après le droit commun, quiconque s'oblige, s'oblige sur tous ses biens. La loi restreint la responsabilité du commanditaire, elle ne restreint pas celle du participant. Les règles dérogatoires au droit commun sont d'interprétation stricte. Le participant est donc indéfiniment tenu (2).

Le principe a été expressément rappelé lors des travaux préparatoires de la loi de 1873. « Quant aux associés entre eux, dit le rapport au Sénat, le participant est indéfiniment tenu, pour la part qu'il a dans la participation, d'acquitter son coassocié pour les dettes contractées (3). »

Les parties peuvent, par convention expresse ou tacite, limiter leur responsabilité. Le fractionnement du capital en parts d'une valeur déterminée comporte d'habitude la limitation conventionnelle au montant des parts souscrites.

88. — Si un participant est insolvable, la perte provenant de cette insolvabilité reste-t-elle tout entière pour

(1) Rennes, 29 avril 1881 ; Cass. fr., 1er août 1883, DALL. PÉR., 1884, I, 357.— DALLOZ, Supplément, vo *Sociétés*, no 2004. — BELTJENS, t. II, p. 31, art. 43. — GUILLOUARD, *Sociétés*, no 228.

(2) HOUPIN, no 265.— DALLOZ, Suppl. *Société*, no 2022. — LYON-CAEN et RENAULT, t. II, no 1065. — POULLE, no 209.

(3) GUILLERY, *Commentaire Lég.*, 2e part., IV, no 15.

compte de l'associé créancier ou doit-elle être supportée par tous ?

La même question se pose dans les sociétés civiles. Laurent soutient que la perte reste tout entière à charge de l'associé créancier. Chaque associé, dit-il, n'est tenu *ab initio* vis-à-vis du créancier que pour sa part et portion, et c'est méconnaître le principe de la divisibilité des obligations que de faire supporter par les associés solvables une quotité de la dette de l'associé insolvable (1).

Cette opinion est contraire à toute la tradition historique. Le droit romain admettait la répartition de l'insolvabilité (2). Il en était de même dans l'ancien droit français.

« Si l'associé, dit Domat, ne pouvait recouvrer la portion de l'un des associés qui serait insolvable, ou par d'autres causes ne pouvait en retirer le paiement, cette portion se perdra sur tous. Car c'est pour la société que cet associé se trouve en avance, ou qu'il est entré dans l'engagement. Et les pertes comme les gains doivent se partager (3). »

Pothier est du même avis : « S'il y a des associés insolvables, dit-il, l'égalité qui doit être entre les associés ne permet pas que l'associé créancier de la société supporte seul la perte résultant de leur insolvabilité, elle doit être répartie entre lui et les associés insolvables (4). »

Adoptant cette manière de voir, la majeure partie de la doctrine et la jurisprudence estiment que l'insolvabilité d'un

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 280. — HUC, *Sociétés*, n° 75.

(2) Loi 67 D. *Pro Socio*, 17, 2. » *Si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest, a cœteris debeat ferri? Sed Proculus putat, hoc ad cœterorum onus pertinere, quod ab aliquibus servari non potest; ratione que defendi posse tam lucri quam damni communio initur.* »

(3) DOMAT, *Lois civiles*, liv. Ier, t. VIII, sect. IV, § 15.

(4) POTHIER, *Contrat de société* n° 132.

associé doit être répartie entre tous les associés solvables, en observant toutefois que celui qui a limité ses risques ne peut être tenu au delà de la limite fixée (1).

La règle ne peut être appliquée que pour autant que les participants soient tous coassociés l'un vis-à-vis de l'autre. Si un gérant de participation s'adresse à diverses personnes, et sans établir entre elles de lien social, leur fait accepter une part d'intérêt, il y a en réalité plusieurs associations juxtaposées, et le gérant doit supporter seul la perte provenant de l'insolvabilité d'un de ses coassociés.

SECTION III. — *Du droit de céder la part sociale et de faire des sous-participations.*

89. — L'associé peut-il céder sa part en tout ou en partie?

L'associé peut, *de l'assentiment de tous les participants*, se substituer une autre personne en son lieu et place.

Cette substitution, si elle n'est pas réglée conventionnellement, exige l'adhésion de tous les associés, car elle implique une modification au pacte social. L'adhésion peut être expresse ou tacite ; elle résulte implicitement de la création de parts d'intérêts négociables (Voir *supra*, nº 41). Par contre, le fait que les participants autorisent un tiers à s'occuper de la

(1) TROPLONG, nº 612; — PONT, nºs 1838; — LYON-CAEN et RENAULT, t. II, nº 1066; — HOUPIN, t. Ier, 266; — BAUDRY-LACANTINERIE, *Société*, nº 220. — GUILLOUARD nºs 170-171. — PANDECTES FRANÇAISES, vº *Société*, nº 2198. — BELTJENS *l. c.*, t. II, p. 26 nº 9. — — Bruxelles, 2 déc. 1902 (motifs), *Pas.*, 1903, 2, 105. — Bordeaux, 24 mars 1897, *Journ. Soc.*, 1897, p. 409. — Cet arrêt invoque à tort l'article 1214 du Code civil, puisqu'en principe aucune solidarité n'existe dans les rapports des associés entre eux.

gestion, n'indique pas nécessairement qu'ils l'agréent comme associé (1).

90. — Un associé peut, ***sans l'assentiment des autres associés***, vendre ses droits dans l'association ou s'associer avec un tiers, un croupier, relativement à ses droits sociaux (art. 1861 C. civ.).

Quels sont les effets de ces contrats : *a*) entre parties, *b*) vis-à-vis de la participation principale, *c*) vis-à-vis des créanciers du cédant.

91. — *A*) ***Entre parties.*** S'il y a cession, le cessionnaire a les droits et les obligations d'un acheteur. S'il y a sous-association, le croupier a, vis-à-vis de son cocontractant, les droits et les obligations d'un associé.

Le cessionnaire n'a pas d'action en garantie contre le cédant à raison du fait que les membres de la participation principale refusent de l'agréer : le cédant ne peut être garant que de son fait personnel, et le cessionnaire devait savoir que pour entrer dans la participation, l'assentiment des autres associés était indispensable (2).

Le cédant est tenu de consulter son croupier associé pour les opérations sociales : il doit lui rendre compte, mais il ne saurait être responsable vis-à-vis de lui, si dans la participation principale il a agi au mieux des intérêts communs et n'a commis aucune faute.

La dissolution de la participation entraîne la disparition de l'association accessoire. Il a été jugé que la clause de la participation principale stipulant qu'en cas de décès d'un participant, l'association continue avec les héritiers, s'étend à la

(1) Cf. Paris, 25 février 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, I, 576 ; — PONT, t. Ier, no 629.

(2) Cour Lyon, 21 juillet 1892, *Rev. Soc.*, 1893, p. 133.

sous-participation, de façon que, si le croupier décède, les héritiers ont droit aux bénéfices réalisés depuis son décès (1).

Cette décision est trop absolue. La sous-participation et la participation principale sont deux sociétés distinctes; les clauses dérogatoires au droit commun, qui régissent la participation principale, sont pour le croupier *res inter alios acta*; dans le silence des parties, elles ne peuvent être étendues à la participation conjointe.

92. — *B*) *Vis-à-vis de la participation principale.*

a) Le croupier ou le cessionnaire non agréé sont étrangers à la société principale, dans laquelle ils n'entrent pas. Cette société demeure intacte dans son organisation primitive, et l'associé qui, sans l'assentiment de ses coassociés, a cédé sa part, de même celui qui s'est donné un croupier en restent toujours membres. Au regard de la participation principale, le cessionnaire et le croupier n'ont ni droits ni obligations contractuels: ils ne peuvent agir que par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, et ne peuvent être poursuivis par les associés principaux que par la même voie.

Par application de ces principes, il a été décidé que le croupier, et partant aussi le cessionnaire non agréé, sont valablement représentés par leur cédant dans tous les actes de gestion et d'administration, jugés nécessaires ou utiles à la bonne conduite de la participation principale; que le croupier n'est pas recevable à former contre le participant, à la part duquel il est associé, une demande en reddition de compte des actes de gestion, accomplis par la participation principale ou par son gérant; qu'il n'a pas le droit de s'immiscer dans le contrôle de la participation principale ou de vérifier les livres;

(1) Montpellier, 23 juin 1884 et Cass. fr., 1er mars 1886, DALL. PÉR., 1887, I, 65 (note de THALLER).

qu'il est sans droit de critiquer les actes de la participation, ni de rechercher au moyen d'investigations dans les livres sociaux, si la participation a été ou non détournée de sa destination (1), à moins d'établir l'existence d'un concert frauduleux, dirigé contre lui (2).

b) Il arrive que le croupier se mêle aux affaires de la société principale; s'il agit comme mandataire des participants, il doit compte de sa gestion; s'il n'agit pas comme mandataire, il est considéré comme préposé du cédant; ce dernier est responsable vis-à-vis des coparticipants, des faits et des fautes du croupier. Cette responsabilité s'appuie sur la tradition historique (3) et sur les travaux préparatoires de l'article 1861 du Code civil. La rédaction primitive de cet article portait : « Le cédant répond des dommages causés à la société par le croupier, comme de ceux qu'il aurait causés lui-même. » Cette disposition fut retranchée comme inutile (4).

93. — *C*) *Vis-à-vis des créanciers du cédant.*

a) Si l'associé vend les biens, qui, quoique compris dans la participation, ont continué à lui appartenir, l'acquéreur acquiert la propriété par le seul effet de la vente; aucune signification n'est nécessaire. Si l'associé vend les droits qu'il

(1) Cass. fr., 8 juillet 1887, *Rev. Soc.*, 1887, p. 472; — Cour Orléans, 25 mai 1888, SIREY, 1889, II, 155; — Paris, 7 déc. 1892, *Revue Soc.*, 1893, p. 131; — Paris, 14 janv. 1893, SIREY, 1894, II, 269; — Paris, 25 févr. 1893, *Gaz. Pal.*, 1893, I, 576; — Liége, 16 juin 1860, *Pas.*, 1862, II, 70; — Cfr. LYON-CAEN-RENAULT, t. II, n° 271; — PAND. FRANÇ., v° *Société*, nos 2604 et s.; — BAUDRY-LACANTINERIE-WAHL, n° 239.

(2) Orléans, 25 mai 1888, *l. c.*; — Cfr. Paris, 7 déc. 1892, *l. c.*

(3) Dig., loi 22, *pro socio*; — POTHIER, *Société*, n° 93.

(4) FENET, t. XIV, p. 375 et 376; — Cfr. TROPLONG, n° 759; — PONT, t. Ier, nos 629 et s.; — DALLOZ, *Société*, n° 590; — GUILLOUARD, n° 262; — *Contra*: BAUDRY-LACANTINERIE, n° 226.

a contre le gérant, notamment le droit de toucher une part des bénéfices éventuels, cette cession portant sur un droit de créance conditionnelle, doit être signifiée au gérant dans les conditions de l'article 1690 du Code civil (1). Par l'effet de cette signification, le droit aux bénéfices passe à l'égard des tiers dans le patrimoine du cessionnaire.

b) Quant au croupier, ou membre de la sous-participation, il n'a, à l'encontre des créanciers personnels de son coassocié, ni droit de privilège, ni droit de préférence. Si l'association principale clôture en boni, il a droit d'obtenir de son coassocié sa part de bénéfice, mais la créance qu'il a de ce chef est chirographaire (2).

TITRE III. — DES RAPPORTS ENTRE LES ASSOCIÉS ET LES TIERS.

SECTION Ire. — *Droits des tiers contre les participants. Règles communes à toutes les participations.*

94. — L'association en participation n'existe pas au regard des tiers. Les tiers ont pour obligé et pour seul obligé l'associé avec lequel ils ont traité. Cette règle a caractérisé la participation dès son origine. Elle est proclamée dans l'ancien droit italien (voir no 4), dans l'ancien droit français par Savary, Pothier, Jousse, Bornier, etc., elle est rappelée dans les travaux préparatoires de la loi du 18 mai 1873 (1), et reproduite d'une manière expresse dans l'article 125 de cette loi : « Il n'y a entre les tiers et le participant qui s'est tenu

(1) Cfr. HUC, *Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances*, notamment les nos 133, 197-198, 306 et s.

(2) TROPLONG, *Société*, nos 767 et 864 ; VAVASSEUR, nos 210 et 211.

(3) GUILLERY, *Comment. législ.*, IIe part. (Rapport PIRMEZ), no 73.

dans les termes d'une simple participation, aucune action directe. »

Les coparticipants inactifs sont personnellement irresponsables vis-à-vis des tiers ; ils ne peuvent être poursuivis que par l'action indirecte de l'article 1166 Code civil.

95. — Qu'arrive-t-il si plusieurs associés — tel deux gérants — figurent conjointement au contrat passé avec le tiers ?

Le tiers a-t-il contre ses cocontractants une action solidaire ?

La doctrine et la jurisprudence française répondent affirmativement ; elles s'appuient non sur un texte de loi, mais sur la tradition historique. De tout temps, dit-on, il a été admis qu'une opération commerciale, faite sans division par deux ou plusieurs personnes, ou du moins par deux ou plusieurs associés, entraîne la solidarité (1).

La jurisprudence belge, antérieure à la loi du 18 mai 1873, n'a pas admis cette manière de voir. Se tenant au texte de l'article 1202 du Code civil, qui ne connaît d'autre solidarité que celle qui est expressément convenue ou consacrée par un texte de loi, elle décidait que l'obligation, assumée conjointement par plusieurs associés commerciaux, se divisait entre eux (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, no 1063 ; — Houpin, no 269 ; — Vavasseur, no 322 ; — Pardessus, no 1049 ; — Troplong (*Sociétés*), no 855 ; — Massé, *Droit commercial*, t. IV, nos 1909 et 1986 ; — Fremery, p. 21 ; — Cass. franç., 8 juillet 1887, *Revue Soc.*, 1887, p. 467 ; — Poitiers, 13 juillet 1894, et Bordeaux, 24 mars 1897, *Journal des Soc.*, 1895, p. 73, 1897, p. 409.

(2) Brux., 31 mai 1816, *Pas.*, 1816, p. 140 ; — id., 12 janvier 1822, *Pas.*, 1822, p. 24 ; — id., 16 juillet 1834, *Pas.*, à sa date ; — Gand, 19 janv. 1852, *Pas.*, 1852, II, 68 ; — Comm. Anvers, 14 sept. 1855 ; *Jur. Port Anv.*, 1856, I, 389.

Sous l'empire de la loi de 1873, cette jurisprudence ne doit plus être suivie. Au regard des tiers, la participation comme telle n'existe pas : les participants, agissant conjointement, font acte d'associés momentanés; dès lors, ils sont solidairement tenus par application de l'article 108 de la loi. Cette opinion a été affirmée par Pirmez dans son rapport à la Chambre (1) et est adoptée par la doctrine (2).

La solidarité est encourue par les participants, traitant conjointement, soit qu'ils comparaissent en personne, soit qu'ils se fassent représenter par un mandataire commun (3), soit qu'ils agissent comme mandataires les uns des autres (4), soit encore qu'ils ratifient *ex post facto*, les actes faits par l'un d'eux (5).

96. — Les participants inactifs ne peuvent être actionnés directement *ex contractu;* peuvent-ils être actionnés directement *ex equitate* « dans la mesure du profit retiré par eux », en d'autres termes, les tiers ont-ils contre eux l'action *de in rem verso?*

On a soutenu jadis que le tiers créancier avait une action directe solidaire contre les participants inactifs, du moment que ceux-ci avaient profité de l'opération (6).

Cette opinion est universellement repoussée. Elle est contraire à la tradition juridique (7); elle est inconciliable avec le texte de l'article 1165 du Code civil, qui déclare que les

(1) PIRMEZ, *Rapport Guillery*, II, n° 73, note.

(2) NAMUR, n° 1288; — GUILLERY, t. III, n° 1241.

(3) Cass. franç., 10 août 1875, DALL. PÉR., 1877, I, 110.

(4) Rouen, 31 mars 1874, DALL. PÉR., 1876, II 71; — VAVASSEUR, n° 322.

(5) Aix, 17 juill 1884, Cass. franç., 30 mars 1885, DALLOZ PÉR., 1886, I, 110; DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 2070.

(6) PARDESSUS, *loc. cit*, n° 1049.

(7) Cpr. POTHIER, *Contrat de Société*, n° 101.

conventions n'ont d'effet qu'entre les parties (1); elle est incompatible avec l'article 125 de la loi sur les sociétés. Du moment que le gérant agit *nomine proprio*, en nom personnel, les tiers n'ont aucun recours direct, ni *ex contractu*, ni *de im rem verso*, contre les coparticipants (2).

Mais si le gérant traite non plus *nomine proprio*, mais *nomine sociali*, « pour compte de la participation », tous les participants, de l'avis de plusieurs auteurs français, sont directement tenus vis-à-vis des tiers dans la mesure du profit obtenu, et ce, en vertu de l'article 1864 — fine — du Code civil. « La stipulation que l'obligation est contractée pour compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir *ou que la chose n'ait tourné au profit de la société* (3). »

Nous n'admettons pas cette manière de voir, Nous estimons que l'article 1864, *in fine*, est inapplicable à la participation, et en second lieu que l'action *de in rem verso* est proscrite par l'article 125 de la loi sur les sociétés.

Pour que l'article 1864 *in fine* puisse être appliqué, il faut supposer — l'article le dit — que le gérant en contractant stipule « que l'obligation est contractée pour compte de la société » et qu'en faisant cette stipulation, le gérant ne méconnaisse pas l'intention formelle de ses commettants.

(1) Cpr. Brux., 24 janvier 1900, *Rev. prat. Soc.*, 1900, n° 1082.

(2) TROPLONG, n°s 773 et 780 ; — PONT, n° 1850 ; — MASSÉ, n° 1985 ; — VAVASSEUR, n° 322 ; — DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 2061 ; — HOUPIN, n° 270; — Cass. franç., 30 mars 1885, DALLOZ, 1886. I, 110 ; — Id., 27 février 1883, DALLOZ PÉR., 1884, I, 29 ; — Id., 21 mars 1876, DALLOZ PÉR., 1876, I, 198.

(3) HOUPIN, n° 270; DALLOZ, *Répert.*, v° *Société*, n° 1666 ; — PONT, n° 1852; Motifs arrêt Douai, 15 juillet 1892, *Revue Soc.*, 1893, p. 20 ; *Contra :* LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 1062 ; — TROPLONG n°s 780 et s.

Le gérant d'une participation peut-il, sans mandat *ad hoc*, stipuler soit « pour compte de la participation », soit « pour compte de lui et des coparticipants? » — En aucune façon. — Il doit — la définition légale de la participation l'indique — (art. 109, Loi Sociétés) — traiter en « son propre nom », pour son compte exclusif et personnel. En entrant en participation avec lui, ses cointéressés ont entendu, d'une part, que le gérant, respectueux du caractère du contrat, s'abstienne de les découvrir, et d'autre part, qu'eux-mêmes puissent bénéficier du privilège inhérent à leur qualité, c'est-à-dire de l'irresponsabilité au regard des tiers. En stipulant *nomine sociali*, le gérant se met en contradiction et avec le caractère légal de la participation et avec la volonté formelle de ses coassociés. Pareille stipulation ne peut, vis-à-vis de ceux-ci sortir aucun effet.

L'article 125 de la loi sur les sociétés fournit un second argument. Les termes de l'article sont généraux. « Il n'y a entre les tiers et le participant, qui s'est tenu dans les termes d'une simple participation, aucune action directe. » La loi refuse toute action directe généralement quelconque, sans distinguer entre l'action directe *ex equitate* et celle née *ex contractu* (1).

97. — Les tiers ne peuvent poursuivre directement les participants inactifs, ni par l'action *ex contractu* ni par l'action *de in rem verso*. Mais ils peuvent les poursuivre directement lorsque les participants, sans contracter avec les tiers, sont néanmoins sortis des termes d'une simple participation.

Quel est le fondement de cette action directe?

(1) Cfr. pour la France, LYON-CAEN et RENAULT, t. II; nº 1062; — Arrêt Cass., 21 mars 1876, DALL. PÉR., 1876, 1, 198; — Id., Cass., 22 février 1886, DALL. PÉR., 1886, I, 404.

L'article 23 de la loi de 1873 sur les sociétés, prévoyant le cas où un commanditaire fait des actes de gestion ou d'immixtion, rend le commanditaire solidairement tenu vis-à-vis des tiers de tous les engagements auxquels il est indûment intervenu; et s'il a géré habituellement les affaires sociales, ou si son nom figure dans la raison sociale, la loi le déclare solidaire de tous les engagements sociaux, même de ceux auxquels il n'a pas participé.

Cette disposition déroge au droit commun : elle oblige une personne par un contrat dans lequel elle n'a pas donné de consentement : elle est d'interprétation stricte et ne peut être appliquée par analogie. Aucun texte de loi ne sanctionne d'une manière expresse l'interdiction pour les participants d'intervenir ostensiblement dans les affaires de la participation. Partant, cette interdiction n'a d'autre sanction que les principes du droit commun.

D'après les règles du droit commun édictées aux articles 1382 et 1383 du Code civil, quiconque, par son fait, cause du préjudice à autrui, est tenu à réparation.

Dans le domaine des sociétés, ces règles ont trouvé mainte application. Ainsi une personne, en vue d'augmenter le crédit d'un commerçant, se comporte au regard des tiers comme si elle était l'associée du négociant (1); une autre laisse figurer son nom dans la raison sociale d'une société en nom collectif. — Les tiers préjudiciés par ces dehors fallacieux peuvent, par application des articles 1382 et 1383, réclamer à ces non-associés imprudents la réparation du dommage subi (2).

De même, dans une participation, le gérant contracte avec

(1) Arrêt Brux., 8 nov. 1900, *Rev. Droit comm.*, 1901, n° 86. — Cfr. Gand, 19 janvier 1871, *Pas.*, 1871, II, 315.

(2) Brux., 10 août 1883, *Pas.*, 1884, II, 7; — Van Meenen et Devos,

un tiers : les coparticipants, au lieu de se tenir dans les termes de la participation, se découvrent de telle manière qu'ils induisent le tiers en erreur et l'amènent à croire que, pour l'exécution des engagements contractuels, il aura non seulement la garantie du cocontractant, figurant en nom au contrat, mais encore la leur propre. Les articles 1382 et 1383 ouvrent au tiers lésé un recours direct contre ces participants fautifs. Le tiers recherchera les coparticipants, non à raison de leur qualité d'associés, — cette qualité lui est indifférente, — mais il les recherchera comme il rechercherait toute autre personne, à raison du fait illicite et préjudiciable commis par eux : L'action directe du tiers contre les participants fautifs est une action en responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle.

98 — La base juridique de l'action en fixe les conditions et en circonscrit l'étendue.

1. — L'action directe *ex delicto* ou *ex quasi delicto* ne peut réussir, qu'à charge pour le tiers d'établir : *a)* l'existence d'une faute dans le chef du participant; *b)* l'existence d'un préjudice éprouvé comme suite de cette faute.

A) Preuve d'une faute.

Le tiers doit prouver l'existence d'une faute dans le chef du participant. En quoi consiste cette faute?

La loi préserve les participants de toute action directe, aussi longtemps qu'ils restent dans les termes d'une simple participation (art. 125).

Les participants sortent des termes de la participation de deux manières : *a)* en contractant avec le tiers — ou en faisant usage d'une raison sociale : Le tiers a contre eux une action

t. Ier, p. 240, no 7; — *Rev. prat. Soc.*, 1892, p. 257 et s.; — LYON-CAEN et RENAULT, II, no 153; — HOUPIN, no 174; — ROUSSEAU, no 837. — PAND. FRANÇ., vo *Société*, nos 5900 et s. — DALLOZ, Suppl., vo *Société*, no 495.

directe contractuelle (voir *supra*, 12 à 14); *b)* sans contracter avec le tiers, sans faire usage d'une raison sociale, — en induisant le tiers en erreur sur la nature du contrat d'association existant entre le gérant et eux, et sur l'étendue des garanties contractuelles que le tiers possédera — Le tiers a contre les participants l'action directe *ex delicto* ou *ex quasi delicto*.

La faute commise par les participants, génératrice de leur responsabilité, consiste en ce que, par un acte qui leur est personnel, — acte positif ou acte d'abstention — ils se sont comportés non comme des participants qui, juridiquement, doivent rester inconnus des tiers, mais comme des associés qui seraient légalement responsables des actes du gérant. Les participants ont trompé le tiers et l'ont amené à croire que pour l'exécution des obligations contractuelles assumées vis-à-vis de lui, leur garantie viendrait se juxtaposer à côté de celle du gérant, comparaissant en nom au contrat (1).

B) Preuve d'un préjudice.

Les participants ne peuvent être poursuivis que par les tiers lésés par leurs agissements. Si un tiers a contracté antérieurement aux actes d'immixtion du participant, il est sans recours contre ce dernier (2).

99. — Montrons, par quelques exemples, comment la jurisprudence a compris la réserve à laquelle les participants inactifs sont tenus.

A) Engagent leur responsabilité vis-à-vis des tiers :

L'associé d'un entrepreneur, qui a versé à un fournisseur des acomptes en paiement de la partie de la dette qui lui incombe d'après le contrat de participation (3).

(1) Cfr. Cass. fr., 31 juillet 1893, Sir., 1896, I, 284.

(2) Cass. fr., 27 févr. 1883, *Rev. Soc.*, 1883, p. 717.

(3) Poitiers, 6 avril 1870, Dall. pér., 1870, II, 192.

L'associé non contractant, qui a loué en son nom l'établissement social, qui détient les marchandises, dont paiement est réclamé, les manipule et en dispose (1).

L'associé d'un entrepreneur, qui laisse distribuer aux fournisseurs des imprimés dans lesquels l'entrepreneur annonce, que pour mener à bonne fin l'entreprise commencée, il s'est adjoint comme associé M. X..., donne les statuts d'une société projetée entre lui et X..., statuts d'après lesquels l'entrepreneur et X... font apport à la future société des travaux entrepris, leur appartenant par indivis (2).

B) Par contre, les participants ne sont pas tenus :

Des traites tracées par le gérant, signées par lui en qualité de directeur-gérant, si les participants n'ont ni expressément ni tacitement autorisé l'emploi de cette qualification (3).

Lorsqu'un participant s'est réservé la partie financière de l'entreprise, sans vouloir figurer en nom dans les baux, le fait qu'il y a été néanmoins porté par ses coassociés ne suffit pas à l'obliger (4).

Le fait qu'un des associés a écrit des lettres à un tiers au sujet de l'affaire traitée avec le gérant, ne change point, vis-à-vis de cet associé, le caractère de l'association, alors d'ailleurs que ces lettres révèlent l'existence de la participation et n'impliquent point d'engagement personnel de la part de leur auteur. Il importe peu que le tiers eût adressé au même coparticipant un duplicata de ses factures, établies au nom du gérant, et qu'il eût expédié les marchandises au nom du

(1) Anvers, 7 sept. 1860. *Jur. Port Anv.*, 1861, I, 161. (Cette décision est sujette à critique.)

(2) Paris, 5 déc. 1900, *Rev. Soc.*, 1901, p. 167.

(3) Douai, 15 juillet 1892, *Rev. Soc.*, 1893, p. 20; — Cfr. Paris, 24 juillet 1884; Cass. fr., 22 févr. 1886, DALL. PÉR., 1886, I, 404.

(4) Dijon, 17 juillet 1889, *Gaz. Trib.*, 13 sept. 1889.

coparticipant, alors surtout que sur le refus de ce dernier d'en prendre livraison, le tiers les a fait délivrer au gérant (1).

Que lorsque l'associé n'a pas agi de manière à faire croire aux tiers qu'ils pouvaient compter sur sa garantie personnelle, il n'y a pas d'action directe contre lui (2). Nous croyons que l'espèce soumise à la Cour de Gand devait recevoir une solution différente. L'arrêt constate que l'associé s'était activement occupé du commerce du gérant, avait fait des commandes en son nom propre, avait traité en tant qu'associé avec le voyageur. Des actes si caractérisés et si multiples d'immixtion devaient induire les tiers en erreur.

100. — Etendue de l'action en responsabilité.

a) L'action n'est donnée que contre la personne fautive : Le tiers n'est pas recevable à actionner *de plano* tous les membres de la participation, mais seulement celui ou ceux qui, par leur attitude, l'ont trompé ou lésé.

b) Le tiers a contre les participants fautifs une action *in solidum*. Il est de doctrine et de jurisprudence, en matière de responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, que lorsque plusieurs personnes ont coopéré dans une mesure égale à la perpétration d'un fait illicite et dommageable, le préjudice peut être imputé en entier à chacune d'elles, et chacune doit supporter la responsabilité entière, *in solidum* (3).

(1) Trib. comm. Bordeaux, 31 déc. 1900, *Mémorial Bordeaux*, 1901, I, 57.

(2) Gand, 27 avril 1889, *Jur. Comm. Fl.*, 1889, p. 463.

(3) Cass., 15 févr. 1886, *Pas.*, 1886, I, 76; — Cass., 31 janv. 1887, *Pas.*, 1887, I, 97; — Brux., 15 juillet 1887, PAND. PÉR., 1888, nº 548; — Civ. Brux., 16 nov. 1887, PAND. PÉR., 1888, nº 137; — Brux., 20 juin 1890, *Jur. Port Anv.*, 1892, I, 287; — Brux., 26 nov. 1898 et 16 nov. 1900, *Pas.*, 1899, II, 142 et 1901, II, 139; — Cass. fr., 11 juillet 1892, 26 juin 1894, DALLOZ, 94, I, 561 et 439; — Cass. franç., 3 juillet 1902, DALL. PÉR., 1902, I, 462; — PAND. FRANÇ., vº *Obligation*, nºs 306 et s.

Par application de ces principes, le tiers qui fait accroire à l'existence d'une association entre lui et un commerçant, est déclaré responsable *in solidum* de la somme entière avancée à ce dernier. — La personne, dont le nom figure indûment dans une raison sociale, est solidairement responsable des actes sociaux (1). — De même le participant qui induit les tiers en erreur, est tenu *in solidum*, et obligé de réparer le préjudice intégral. Les tribunaux peuvent, à titre de réparation, le condamner soit à payer des dommages-intérêts, soit à exécuter solidairement les obligations conventionnellement assumées vis-à-vis du tiers préjudicié.

101. — A côté de l'action en responsabilité contre les participants fautifs, une autre action peut compéter aux tiers. Il est possible, en effet, qu'en contractant — le tiers ait eu principalement en vue soit la personnalité du participant qui a fait les actes d'immixtion, soit la personnalité et la garantie solidaire de la société collective avec laquelle il croyait traiter. Si cette considération a été la cause principale du consentement, ce consentement est vicié, il y a erreur substantielle sur la personne du cocontractant, et le tiers, aux termes de l'article 1110, § 2 du Code civil, peut poursuivre la nullité de la convention (2).

102. — Faut-il aller plus loin et dire que, au cas où les

(1) Voir plus haut nº 98 et Guillery, *Comment. lég.*, III, nº 121, déclarat. de M. Bara, ministre de la justice.

(2) Pont, nº 1798; — Cfr. le cas analogue où un commerçant traite sous une firme sociale et induit de la sorte les tiers en erreur. Voir Gand, 24 juillet 1897, *Rev. prat. Soc*, 1898, nº 876; — Voir Brux., 25 juillet 1895, *Rev. prat. Soc.*, 1897, nºs 768, 769 et note; — Comm. Brux., 1er déc. 1900 et 13 juillet 1894, *Revue droit commercial*, 1901, nº 2, 1894, nº 280. — Cfr. Liége, 28 déc. 1899, *Rev. prat. Soc.*, 1900, nº 1099; — Comm. Seine, 18 janv. 1902, *Journ. Soc.*, 1903, p. 38.

participants s'immiscent habituellement dans la gestion, la participation dégénère en une société en nom collectif, entraînant *ipso facto* la responsabilité solidaire de tous les membres pour tous les actes sociaux? pouvant être déclarée nulle pour défaut d'acte écrit ou de publication? pouvant être mise en état de faillite?

Sans doute, si les parties, dès l'origine, ont voulu créer une société en nom collectif et ont caché cette société sous les dehors trompeurs d'une participation, les tribunaux, sans s'arrêter à la qualification inexacte, donneront à la société son caractère réel.

Mais si les parties ont créé une participation véritable, les faits postérieurs à cette convention constitutive, ne sauraient rétroagir et vicier après coup ce qui était valable *ab initio* (1).

SECTION II. — *Quelle est au regard des tiers la responsabilité des syndicats d'émission?*

103. — Distinguons les obligations contractuelles et les obligations légales nées *ex delicto* ou *ex quasi delicto*.

§ 1. — *Obligations contractuelles.*

A) Vis-à-vis de la société émissionnaire.

Qui a, vis-à-vis de la société, la qualité et les obligations de souscripteur des titres?

Nous avons examiné cette question, *supra*, nos 35 à 37, et nous renvoyons à ce que nous avons dit.

En rémunération des soins qu'il donne à la réussite de l'émission, le syndicat reçoit une prime de la société.

(1) VAVASSEUR,, no 322; — PONT, no 1798; — POULLE, no 201; — HOUPIN, no 269; — PAND. FRANÇ., vo *Société en participation*, no 567.

L'octroi de cette prime est-il légitime?

La réponse apparaît aisée, quand on examine la nature juridique du contrat qui se forme entre la société et le syndicat. Celui-ci assume vis-à-vis de la société le risque du placement des titres. La société a la certitude de voir ses titres souscrits; le syndicat, par contre, court les chances ou de ne pas pouvoir placer les titres dans le public, ou de les écouler à des prix désavantageux.

La convention pour le syndicat est aléatoire (art. 1954 C. civ.), la rémunération lui accordée est la compensation du risque couru.

Le risque existe-t-il, la légitimité de la rémunération ne peut être contestée. Si, au contraire, les syndicataires ne courent aucune chance de perte, s'ils sont sûrs de réaliser un bénéfice, le contrat est vicié dans son essence, la rémunération est sans cause et sujette à répétition. C'est en appliquant ces principes que dans l'affaire du canal de Panama, la jurisprudence française a ordonné la restitution des primes versées, augmentées des intérêts depuis la date du versement, à des syndicats, dits à option, dont le mécanisme consistait en ce que les syndicataires ne devaient déclarer souscrire qu'au moment où le public avait déjà souscrit, et à d'autres, dans lesquels les apports et les obligations des membres étaient illusoires ou nuls (1).

104. — *B*) Vis-à-vis des acquéreurs des titres.

Le gérant du syndicat a, vis-à-vis des acquéreurs des titres,

(1) Cass. franç., 11 déc. 1900, DALL. PÉR., 1901, I, 257 et PAND. FRANÇ., 1902, I, 385 avec note sur la question par A. BOUTAUD. — Cfr. note déjà citée de Pic, DALL. PÉR., 1896, II. 481; — Arrêt Paris, 5 déc. 1887, DALL. PÉR. 1889, II, 185, qui condamne à des dommages-intérêts envers le syndic d'une société faillie, un banquier émetteur qui avait prélevé des commissions excessives.

la qualité de vendeur dans la première forme de syndicat (syndicat de souscription et de vente), et ordinairement aussi dans la seconde (syndicat de vente).

C'est partant contre le gérant, leur cocontractant, que les cessionnaires des titres devront agir, soit qu'ils demandent la nullité du contrat, pour cause de dol, soit qu'ils poursuivent la résiliation, à raison des vices infectant les valeurs vendues (1).

Dans les syndicats du troisième type (syndicat de garantie ou de placement avec prime), aucun lien contractuel n'existe entre les acquéreurs et le syndicat : les conventions syndicataires formées entre le syndicat et la société concessionnaire, sont *res inter alios acta* au regard des tiers (2), et ceux-ci n'ont contre les membres du syndicat que l'action en responsabilité, basée sur l'article 1382 du Code civil.

§ 2. — *Responsabilité légale.*

105. — Considéré en soi, le syndicat d'émission constitue un rouage utile de la pratique financière. Mais il prête à des abus et devient souvent aux mains de lanceurs d'affaires un moyen commode d'exploiter la crédulité publique.

A l'étranger, et spécialement en Allemagne, la loi a organisé la responsabilité des émetteurs. Pareille organisation

(1) A noter deux arrêts récents de la Cour d'appel de Gand en matière de vente de titres, l'un, du 28 juin 1902 (*Pas.*, 1903, II, 19), qui déclare résiliée pour vice caché et par application de l'article 1641, Code civil, la vente de titres d'une société, dont la constitution avait été reconnue frauduleuse. Le second, du 3 décembre 1902 (*Jur. Comm. Fland.*, 1903, p. 171 et note, *Belg. jud.*, 1903, pp. 54 et s.), annule une vente de titres du chef de dol.

(2) Cfr. Paris, 12 déc. 1893, *Journ. Soc.*, 1894, I, 101.

n'existe ni en Belgique (1) ni en France, et la jurisprudence doit faire l'application du droit commun (art. 1382 et 1383, Code civil).

Il est possible à une banque d'intervenir dans une émission sans grand danger pour sa responsabilité; tel le cas où la banque se borne, sans plus, à ouvrir ses guichets pour recueillir des souscriptions. Jouant dans l'émission un rôle quasi passif, la banque ne peut être recherchée, quelle que soit la dépréciation ultérieure des cours.

Une attitude si effacée ne saurait convenir au syndicat financier. Constitué en vue de faire réussir l'émission, il est solidaire des destinées de celle-ci : le succès de l'émission lui procure des bénéfices, l'échec le met en perte. Dès lors tous ses efforts doivent tendre à capter la confiance du public. Et voilà le syndicat amené à faire de la réclame, à vanter dans des notices et des prospectus les avantages de l'entreprise. Cette réclame, condition *sine qua non* du succès, est une source de grandes responsabilités. En effet, il est de principe, consacré par la jurisprudence (2), que celui qui est intéressé au placement de titres, ne peut annoncer ou laisser annoncer la vente que d'une manière rigoureusement vraie; qu'il est responsable de toute déclaration inexacte et de toute réticence répréhensible; qu'en associant sciemment à une fraude, organisée par les créateurs d'une affaire contre le

(1) Une proposition de loi a été déposée par le Gouvernement.

(2) Comm. Brux., 18 mai 1885 et Brux., 20 mars 1886 ; *Pas.*, 1886, II, 232 ; — Voir Gand, 16 juin 1891, *Pas.*, 1892, II, 41 ; — Comm. Brux., 13 janv. 1892 et 28 mai 1903, *Pas.*, 1892, III, 253 et *Jur. comm. Brux.*, 1903, p. 320 ; — Civ. Liége, 24 avril 1902 et Cour Liége, 8 févr. 1904, *Jur. Cour Liége*, 1902, p. 157 et 1904, p. 60 ; — Cass. franç., 18 mars 1891, 16 mai 1892, 6 févr. 1893 ; D. P., 1891, I, 401 ; 1892, I, 348 ; 1893, I, 263 ; — Orléans, 4 juin 1892, D. P., 1896, II, 161.

public, en recommandant comme bonne une valeur qu'il savait ou devait savoir être mauvaise, il est tenu vis-à-vis de toute personne qui, sur la foi de ces déclarations inexactes, mensongères ou sciemment incomplètes, a contracté et a souffert du dommage. Pas n'est besoin que la personne plaignante ait traité directement avec le syndicat. La responsabilité des émetteurs, basée sur l'article 1382 du Code civil, est encourue vis-à-vis de quiconque a été préjudicié par leurs agissements.

Toutefois, il échet de faire deux remarques. D'abord la responsabilité des émetteurs doit s'apprécier d'après les circonstances connues à l'époque de l'émission, et non d'après les événements ultérieurs. A la clôture de l'émission, le rôle du syndicat est terminé. Si l'émetteur doit garantir la réalité des sûretés offertes par la société, il ne saurait être garant de leur efficacité, ni être recherché à raison de leur non-réalisation, à moins que les causes de l'inefficacité ou de la non-réalisation ne fûssent connues au moment de l'émission.

En second lieu, conformément aux principes généraux d'applicabilité de l'article 1382, Code civil, il faut qu'il existe une relation directe entre la faute commise et le préjudice allégué; que les agissements répréhensibles aient eu une influence déterminante sur la souscription ou l'achat. Que ces agissements aient entraîné l'assentiment des souscripteurs et des premiers acheteurs, on l'admettra volontiers. Mais quant aux acheteurs ultérieurs, qui, connaissant les incertitudes de l'affaire, ont néanmoins acheté, ils ne sauraient prétendre, en règle générale, que leur achat ait été provoqué par les manœuvres des syndicataires.

Si la faute des émetteurs n'a pas été la cause unique du préjudice, les responsabilités seront partagées : tel le cas où l'acheteur, agent de change expérimenté, quoique ayant été

trompé par des prospectus inexacts, a néanmoins, en achetant les titres, obéi dans une certaine mesure à des mobiles de spéculation (1).

SECTION III. — *Sur quels biens les tiers créanciers peuvent-ils agir?*

106. — Dans la solution de cette question, il faut tenir compte de la situation des associés eu égard à la propriété des biens apportés ou acquis par les participants.

a) Ces biens sont-ils la propriété exclusive du gérant ?

Les créanciers de la participation ont pour gage tout le patrimoine de leur débiteur; sur ce patrimoine ils n'ont ni droit de privilège ni droit de préférence; ils viennent en concours avec les créanciers personnels au marc le franc.

Les coparticipants, à la suite d'une reddition de compte, sont-ils devenus créanciers du gérant : ils ne s'effacent pas, comme les membres des sociétés commerciales, devant les autres créanciers, mais sont colloqués à côté d'eux.

b) Si le gérant n'est que détenteur des biens de ses coassociés, ceux-ci ont le droit de revendiquer leur propriété à l'encontre des créanciers du gérant, dans les conditions du droit commun (art. 608, Code proc. civ., et 567 et 568, Code commerce).

c) Les biens de la participation sont-ils indivis entre les participants, les créanciers qui ont traité avec l'un des associés ont pour gage aussi bien la part indivise de leur débiteur dans l'association que les autres biens de son patrimoine.

Mais sur la part indivise ils n'ont qu'autant de droits que leur débiteur; partant ils doivent comme lui respecter les

(1) Cfr. Liége, 8 févr. 1904, *l. c.*

clauses du contrat social : ils ne peuvent, au cours de l'association, ni provoquer le partage du bien, ni saisir, ni faire vendre la part indivise.

Les tiers créanciers ont-ils traité, non avec un seul participant, mais avec tous les membres de la participation, l'obstacle qui empêche la réalisation forcée des biens sociaux pendant la durée de l'association disparaît. Les créanciers peuvent saisir et faire vendre les biens indivis. Mais comme ils n'ont sur l'indivision ni droit de privilège, ni droit de préférence, les créanciers personnels des divers associés viennent, en cas de vente, en concours sur la partie du prix, correspondante au droit de copropriété de leur débiteur (1).

Pont, reproduisant pour les participations une théorie admise par lui pour les sociétés civiles, prétend que les créanciers qui ont traité avec tous les participants, doivent être préférés aux créanciers personnels des associés. Cette opinion méconnaît la nature de la participation qui est une société sans individualité juridique et sans patrimoine social indépendant; elle viole les principes du droit commun, qui exigent que le produit des biens d'un débiteur se distribue par contribution, sauf les causes légitimes de préférence (2). (Art. 8 et 9, loi hypothécaire.)

SECTION IV. — *Droits des participants contre les tiers.*

107. — Si en principe, les tiers ne peuvent agir directement que contre les associés avec lesquels ils ont traité, par

(1) LAURENT, t. XXVI, n° 356; — LYON-CAEN et RENAULT, t. II, n° 109; — NYSSENS-CORBIAU, n° 371; — GUILLOUARD, *Société*, n° 271.

(2) PONT, t. II, n° 1853; — Cfr. dans un sens analogue à la théorie de Pont, un arrêt de la Cour de cass. franç., 17 août 1874, DALLOZ PÉR., 1865, I, 302.

réciprocité, ils ne peuvent être actionnés directement que par les participants avec lesquels ils ont été en rapport : les autres participants ne peuvent agir contre eux que par l'action oblique de l'article 1166, Code civil.

Les tiers ne peuvent repousser l'action intentée par leur cocontractant, sous prétexte que ce dernier a agi non pour compte personnel, mais pour compte d'une association; ils ne peuvent forcer le cocontractant à mettre en cause ses coassociés : les rapports sociaux existant entre les participants sont pour les tiers *res inter alios acta* (1).

Des auteurs admettent qu'au cas où le gérant, bien qu'ayant traité en son nom avec les tiers, a agi en qualité de commissionnaire vendant des choses appartenant en tout ou en partie à ses coassociés, ceux-ci ont une action directe contre les tiers (2).

Cette opinion est inexacte, au moins pour partie. Il est de doctrine et de jurisprudence, en matière de commission, que lorsque le commissionnaire traite en nom propre, *nomine proprio*, le commettant n'a pas d'action directe contre les tiers. Tous les effets du contrat, à l'égard des tiers, se produisent dans la personne du commissionnaire (3).

Une exception existe au cas où le gérant-commissionnaire tombe en état de faillite. L'article 567 du Code de commerce permet, en cette éventualité, de revendiquer les biens existant en nature, ou le prix des marchandises vendues, si ce prix n'a pas été payé, ni réglé en valeurs, ni compensé en compte courant.

(1) VAVASSEUR, nº 322 ; — POULLE, nºs 277 et s.

(2) PONT, t. II, nº 1854 ; — POULLE, nºs 284 à 286.

(3) BELTJENS, *Droit commercial*, loi 5 mai 1872, art. 13, nºs 160 et s.; — PAND. BELGES, vº *Contrat de commission*, nºs 214 et s.;— NAMUR, t. Ier, nº 329.

CHAPITRE CINQUIÈME

De la disparition de la participation, du règlement de comptes et du partage.

TITRE RREMIER. — DE LA DISPARITION DE LA PARTICIPATION.

L'association en participation : 1° peut être déclarée nulle; 2° elle peut être résiliée; 3° elle peut être dissoute.

SECTION Ire. — *Nullité de la participation.*

108. — Les causes de nullité, communes à toutes les conventions comme celles qui sont spéciales au contrat de société, sont applicables aux participations : vices du consentement, défaut de capacité des contractants (1), violation de l'article 1855 du Code civil (2), etc.

Comment la participation nulle est-elle liquidée ?

Distinguons les participations licites et les participations illicites (3).

(1) Association entre époux, *supra*, n° 25.

(2) Cass. franç., 18 mai 1896, *Rev. prat. Soc.*, 1897, p. 152. — Liége, 5 déc. 1888, *Jur. comm. Liége*, 1888, p. 789.

(3) Voir en ce qui concerne la liquidation des sociétés nulles, SIVILLE (suppl. LAURENT), VII, n° 86; — LYON-CAEN et RENAULT, n° 48; — HUC, t. XI, n° 86; — GUILLOUARD (*Société*), n° 247. — Cass., 12 mars 1903, *Pas.*, 1903, I, 126. — Pour les sociétés commerciales proprement dites, il faut tenir compte de l'article 112, § 2, de la loi sur les sociétés.

Pour les premières, si la société est déclarée inexistante, nulle *ab initio*, il ne subsiste pour le passé qu'une communauté de fait : chaque associé reprend son apport sous déduction des retirements opérés; les pertes et les bénéfices, en l'absence de toute convention valable, se répartissent par tête. — Si la société est déclarée nulle *ex nunc*, la liquidation, en ce qui concerne les actes passés, se fait d'après les conditions du pacte social.

Quant aux associations illicites, leur liquidation soulève de grandes controverses. Faut-il permettre aux associés de répéter leurs apports, de poursuivre le règlement des opérations accomplies, soit d'après les principes de l'indivision, soit d'après les conditions du contrat? — Ou, au contraire, faut-il refuser toute action en justice, même l'action en restitution des apports? (1). C'est à ce dernier système que s'est ralliée, dans un arrêt récent, la Cour de Cassation (2). Elle a déclaré non recevable une demande en restitution d'apports, faite par le membre d'une société, constituée pour l'exploitation de jeux. La justice, dit la Cour, doit refuser de connaître aussi bien de la convention immorale elle-même que de l'exécution que les parties lui ont donnée.

SECTION II. — *Résiliation du contrat de participation.*

109. — L'association en participation peut être déclarée résiliée en vertu des articles 1183 et 1184 du Code civil, à raison de l'inexécution de ses engagements par un participant.

(1) Voir SIVILLE (suppl. LAURENT), VII, nº 86; — NYSSENS-CORBIAU, nºs 54 et s ; — LYON-CAEN et RENAULT, II, nº 73; — BELTJENS, II, p. 13, nº 3.

(2) Cass., 4 juin 1903 et avis premier avocat général M. TERLINDEN *Pas.*, 1903, I, 276.

Comment opère la résiliation? *Ab initio*, depuis le jour du contrat? Ou *ex nunc*, depuis le jour où la condition s'est réalisée, ou, depuis le jour de la demande en justice?

Cette question se pose pour toute société de personnes.

D'après Laurent, les articles 1183 et 1184 du Code civil s'appliquent en toute leur rigueur au contrat de société. La condition résolutoire, quand elle survient, anéantit rétroactivement le contrat qui est censé n'avoir jamais existé : toutes choses doivent être remises en leur pristin état; chaque associé reprend son apport, les pertes étant supportées à titre de dommages-intérêts par l'associé en faute (1).

110. — Larombière a exposé une autre opinion (2).

D'après cet auteur, il y a des conventions simples qui s'exécutent tout d'un coup et des conventions successives, tels que les contrats de bail, de société, d'assurance, qui se décomposent en obligations successives, sans cesse renouvelées. Si les contrats de cette nature ont été régulièrement formés, et ont reçu un commencement d'exécution, l'arrivée de la condition résolutoire, expresse ou tacite, n'efface pas, et ne saurait pas effacer les faits accomplis; la condition n'opère pas rétroactivement sur le passé : elle n'agit que pour l'avenir, elle opère *ex nunc* et non *ex tunc*.

Si l'associé contrevient à ses engagements au moment même de la formation du contrat : par exemple en ne réalisant pas son apport — la convention est résolue dès le début (3).

Si, au contraire, l'inexécution se produit au cours de l'exis-

(1) LAURENT, t. XXVI, nos 401 et s. — Comm. Gand, 6 avril 1899, *Jur. comm. Fl.*, 1899, p. 216.

(2) LAROMBIÈRE, *sub* article 1183, nos 72 et s.

(3) Cfr. Brux., 5 mai 1883, 29 oct. 1884, 16 févr. 1885, *Journ. des Trib.*, 1883, p. 360, 1884, p. 1365, *Pas.*, 1885, II, 157.

tence sociale, la convention n'est résiliée qu'à partir de l'inexécution.

Cette opinion, adoptée par Guillery (1), nous paraît exacte au point de vue rationnel et au point de vue légal.

Quoi qu'on fasse, la société a fonctionné : ce fonctionnement a eu des conséquences qu'aucune fiction ne saurait supprimer. Dans la théorie de Laurent, on impose à l'associé en faute la charge des pertes, mais que faire si, au lieu de clôturer en pertes, l'association résiliée solde en boni? Laisser les bénéfices à l'associé coupable? N'est-il pas plus logique, plus conforme à l'équité, de faire le règlement des gains et des pertes sur la base du pacte social, et d'indemniser par l'allocation de dommages-intérêts l'associé qu'une résiliation anticipée a lésé ?

L'opinion de Larombière n'est-elle pas en harmonie avec la disposition de l'article 1871 du Code civil? Cet article considère l'inexécution des engagements, non comme une cause de résiliation, qui anéantit le contrat pour le passé et pour l'avenir, mais comme une cause de dissolution, c'est-à-dire comme une cause qui maintient le lien social pour le passé et ne le rompt que pour l'avenir? Quelle autre raison d'être aurait cette disposition, sinon d'atténuer les conséquences rigoureuses d'une résiliation radicale!

La Cour d'appel de Bruxelles a adopté la théorie de Larombière d'une manière implicite dans un arrêt du 16 février 1885 (2), et d'une manière expresse dans un arrêt du 4 juin 1895 (3).

Des commanditaires, se basant sur l'article 1184 du

(1) GUILLERY, t. Ier, n° 261.

(2) *Pas.*, 1885, II, 157; — *Belg. jud.*, 1885, p. 226.

(3) *Rev. prat. Soc.*, 1895, p. 222. — Dans le même sens, arrêt Paris, 19 févr. 1875, *Journ. Trib. Comm.*, 1875, p. 489 : « Considérant, dit la

Code civil, demandèrent la résolution *ex tunc* d'une société en commandite simple, la restitution de leurs apports quittes et libres de toutes dettes, à raison de diverses violations statutaires commises par le gérant.

Le tribunal de Charleroi (jugement du 18 avril 1894) repoussa la demande par les considérants suivants, que la Cour s'appropria :

« Attendu que cette action n'est pas recevable;

» Attendu, en effet, qu'un contrat de société est un contrat successif (*qui tempus successivum habet*) qui se décompose en obligations quotidiennes, sans cesse renouvelées; que la résolution de ce contrat avec effet rétroactif au jour de sa passation, ne peut avoir lieu que pour inexécution des conditions fondamentales, essentielles, constitutives de la société, frappant le contrat dès l'origine (soit inexécution des apports, dol, erreur, violence ou cause illicite), et non pour inexécution même des engagements sociaux, lorsque la société réunit toutes les conditions essentielles de validité et a fonctionné régulièrement pendant quelque temps; qu'il existe alors des faits accomplis que l'on ne peut effacer et que l'on ne peut faire qu'il n'ait jamais existé de société; que dans ce cas il ne peut s'opérer une résolution proprement dite, mais une cessation, une dissolution qui ne réagit pas sur le passé, mais arrête les opérations et prévient l'avenir. »

SECTION III. — *Dissolution de la participation.*

111. — Au point de vue de sa dissolution, l'association en participation est soumise aux règles du droit commun. Elle

Cour, que la société a eu de fait et de droit une existence régulière. Il n'est pas fondé dans ses conclusions, tendant à ce que les associés soient remis au même état qu'avant, par voie de résolution du contrat. »

peut être dissoute de plein droit — par la volonté des parties — par décision de justice.

112. — On a soutenu que par dérogation à l'article 1865 du Code civil, la mort, la déconfiture, la faillite, l'interdiction ne dissout pas l'association, quand elle frappe un participant inactif, simple bailleur de fonds (1). D'autres, tout en reconnaissant que la mort d'un associé, même d'un associé inactif, entraîne toujours la dissolution, ont prétendu que la faillite, la déconfiture, l'interdiction, atteignant un participant inactif, qui a réalisé tout son apport, est sans influence sur la persistance du lien social (2).

Ces opinions, en tant que formulant des règles générales, sont erronées.

La participation est une société de personnes, formée *intuitu personœ* Quelle que soit la nature du rôle du participant, quand bien même celui-ci ne participerait à la société que par ses capitaux, sa personnalité n'est jamais complètement absorbée par sa qualité de bailleur de fonds. Sans doute, les capitaux qu'il apporte ont pu contribuer, peut-être pour une grande part, au choix que les associés ont fait de lui ; mais il n'est pas permis d'affirmer que la considération de sa personne soit restée étrangère à ce choix. Les participants n'ont-ils pas un droit de surveillance sur la gérance? N'ont-ils pas le droit de vérifier les livres, de prendre part aux délibérations communes? Et est-il indifférent que ces droits soient exercés par une personne plutôt que par une autre? Dès lors, il faut maintenir les principes du droit commun et décider

(1) VAVASSEUR, t. Ier, no 325 ; — ROUSSEAU, t. II, nos 1833 et 1834 ; — GUILLERY, t. III, no 1087 ; — DALLOZ, Répert., vo *Société*, 1688 ; — Suppl. *id.*, no 2078.

(2) BÉDARRIDE, t. Ier, cité dans POULLE, no 325.

que, sauf convention contraire, les causes personnelles de dissolution, prévues par la loi, sortent leur effet, alors même qu'elles atteignent un participant inactif (1).

113. — Il faut assimiler à la mort naturelle d'un associé, personne physique, la cessation d'existence d'une personne morale, qui serait membre d'une participation. Toutefois si une société commerciale fait partie d'une association en participation, constituée pour une durée déterminée, elle ne peut pas, en prononçant sa dissolution par application de ses statuts, faire disparaître sa personnalité aux seules fins d'entraîner par sa propre dissolution, celle de la participation. Cette dissolution constituerait une renonciation, faite de mauvaise foi et à contretemps. Les participants pourraient imposer à la société la continuation de l'association jusqu'à l'expiration du terme convenu, ou demander la résolution du contrat, et la condamnation solidaire à des dommages-intérêts de toutes les personnes — physiques et morales — qui se seraient prêtées à la dissolution frauduleuse (2).

114. — Le mariage de deux personnes associées entraîne-t-il la dissolution de l'association? Si on admet avec la jurisprudence (3) que deux époux sont incapables de former une société soit entre eux, soit entre eux et des tiers, il faut admettre que le mariage de deux personnes associées dissout l'association. L'incapacité d'un associé qui est une cause de nullité lors de la formation de la société, opère la dissolution de celle-ci quand elle survient pendant la durée.

(1) Cfr. Pont, t. II, nos 1898 et 1907; — Deloison, no 560; — Dall. pér., note 1887, I, 65; — Houpin, t. Ier, no 272; — Namur, t. II, no 1294.

(2) Bordeaux, 31 janv. 1895, *Rev. Soc.* 1895, p. 622; — Cass. franç., 6 mars 1897, *Journ. Soc.*, 1897, p. 496.

(3) Voir *supra*, no 25.

115. — *Exclusion d'un participant.* — L'exclusion a pour effet de dissoudre la participation, non à l'égard de tous les associés, mais seulement à l'égard du membre exclu.

Un participant peut-il être exclu?

La faculté d'exclusion est incontestable, si elle est prévue dans le contrat. Le membre, exclu par application des conventions sociales, peut déférer la décision au contrôle des tribunaux. Si la convention attribue aux associés le droit de juger souverainement les causes d'exclusion, le pouvoir judiciaire est incompétent pour apprécier les motifs de la décision; il ne peut contrôler que sa régularité extrinsèque (1).

Que décider si les statuts ne prévoient pas l'exclusion?

L'article 89 de la loi sur les sociétés permet, dans le silence des statuts, d'exclure le membre d'une société coopérative pour « inexécution du contrat ». Semblable disposition n'existe ni pour les sociétés civiles ni pour les sociétés commerciales. On infère du silence de la loi que l'exclusion d'un associé n'est pas possible.

Nous croyons que dans les participations, un associé autre que le gérant peut être exclu. L'obstacle légal à l'exclusion d'un membre d'une société civile (2) consiste en ce que l'associé exclu a le droit de refuser une somme d'argent en paiement de ses droits sociaux; copropriétaire de l'avoir social il ne peut être contraint de recevoir une chose autre que celle qui lui est due (art. 1243, C. civ.).

Dans la plupart des participations, cet obstacle n'existe

(1) Bruxelles, 16 nov. 1899, *Rev. Droit comm.*, 1900, n° 13; — Cfr. Toulon, 26 mars 1884, *Gaz. Pal.*, 1884, I, 706; — Trib. Seine, 4 févr. 1889, Sirey, 1889, II, 47.

(2) Nous parlons des sociétés civiles, parce que, à raison de l'absence de l'individualité juridique, leur situation se rapproche le plus de celle de la participation.

pas. D'ordinaire le participant inactif n'est pas copropriétaire : ses droits consistent en une action en reddition de compte et en une part éventuelle aux bénéfices. Manque-t-il à ses engagements, les tribunaux peuvent prononcer son exclusion par application de l'article 1184 du Code civil. L'exclusion prononcée, les comptes sont arrêtés, le membre exclu reçoit la somme qui lui revient, ou verse la part des dettes qui lui incombe. L'association continue son existence, sans qu'il faille dresser une convention nouvelle (1). — L'exclusion est impossible quand il existe entre les participants un fonds indivis (2).

TITRE II. — DE LA FAILLITE DE LA PARTICIPATION ET DES PARTICIPANTS.

116. — Une société commerciale ne peut être déclarée en état de faillite, que si elle est revêtue de la personnalité civile (3). La faillite n'existe ni pour les associations momentanées ni pour les associations en participation (4).

117. — Le gérant d'une participation commerciale fai-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Sociétés*, n° 207.

(2) Voir n° 53 ce qui concerne la révocation du gérant.

(3) Gand, 11 juill. 1883, *Pas.*, 1883, II, p. 380 ; — Liége, 7 févr. 1885, *Pas.*, 1885, II, 143 ; Cass., 11 mars 1886, *Pas.*, 1886, I, 103 ; — Gand, 21 nov. 1888, *Pas.*, 1889, II, 168 ; — Cass., 12 avril et 24 mai 1877, *Pas.*, 1877, I, 273 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, VIII, n°s 1134 et 1135.

(4) Arrêt Brux., 11 juill. 1900 ; Comm. Brux., 24 févr. 1900, *Revue droit commercial belge*, 1901, n° 18, 1900, n° 87 ; — Gand, 11 juill. 1883, *Pas.*, 1883, II, 380 ; — Brux., 12 mars 1872, *Belg. jud.*, 1872, p. 500 ; — NAMUR, t. III, n° 1588 ; — PAND. B., v° *Faillite*, n° 3013. — *Contra* un arrêt de la Cour de Paris, 4 mars 1891, DALL. PÉR., 92, II, 281, qui admet la faillite d'une participation, mais sans justifier son opinion.

sant habituellement des actes de commerce peut être déclaré en faillite.

Quid du participant? Le fait d'être associé dans une participation ne confère pas à lui seul la qualité de commerçant.

Même en principe, le participant qui s'immisce dans la gestion n'acquiert pas la qualité de commerçant pas plus que le commanditaire qui s'immisce dans la gestion de la commandite. Toutefois, il faut, dans chaque espèce particulière, examiner les conditions dans lesquelles l'immixtion s'est produite. Si un participant a fait souvent pour compte de la participation, mais en nom propre, des actes commerciaux, il peut tomber sous le statut du droit commercial.

La jurisprudence a consacré cette opinion (1).

118. — Deux frères s'étaient associés pour l'exploitation d'une brasserie : la gestion était confiée à l'un d'eux. Le gérant ayant été déclaré en faillite, le curateur demanda la mise en faillite du frère associé.

Le tribunal de commerce de Bruxelles et la Cour d'appel de cette ville accueillirent la demande. Il fut relevé que les deux frères, se qualifiant tous deux d'industriels, avaient par une même convention pris solidairement à bail l'immeuble dans lequel la brasserie s'exploitait, qu'ils avaient dans une même convention cédé une partie du matériel de brasserie et repris en location ce matériel, que des factures mentionnaient le nom des deux associés, que des lettres d'affaires étaient signées par l'un et par l'autre (2).

Si nous passons à la jurisprudence française, nous voyons

(1) Cpr. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 506 et Houpin, n° 243 affirmant le même principe en ce qui concerne le commanditaire s'immisçant dans la gestion.

(2) Jug. Brux., 24 févr. 1900 et arrêt Brux., 11 juill. 1900, *loc. cit.*

que d'après la Cour de Paris : Doit être considéré comme commerçant et peut par suite être déclaré en état de faillite celui qui, participant dans une entreprise ayant pour but la création et l'exploitation d'un casino, a pris part à tous les actes de gestion, a conclu les devis de travaux et marchés de fournitures, effectué les payements aux entrepreneurs, augmenté sa mise de fonds primitive, a pris des engagements personnels vis-à-vis des fournisseurs, souscrit et réalisé des effets de commerce. Ces actes ont un caractère de pure spéculation et, lorsqu'ils offrent un caractère de continuité et d'habitude, ils suffisent à faire reconnaître à celui de qui ils émanent, la qualité de commerçant (1).

La Cour de cassation de France a décidé de même : que l'immixtion constatée des membres d'une participation autres que le gérant, dans les opérations commerciales de l'association, peut suffire pour justifier la reconnaissance de la qualité de commerçant et l'application des règles de la faillite et de la banqueroute (2). Les faits d'immixtion sont relevés comme suit :

Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt (de la Cour d'appel) que B..., S... et K... ont passé entre eux une convention paraissant présenter les caractères d'une association en participation et que chacun d'eux n'a pas tardé à s'immiscer dans les diverses opérations commerciales dont B... paraissait avoir la gérance ; que l'arrêt constate, en ce qui concerne S..., que non seulement il a apposé sa signature sur les billets transmis à la Banque, mais encore qu'il a eu la gestion des fermes dont l'exploitation n'avait été entreprise que dans un but de spéculation commerciale, qu'il a participé aux opérations aléatoires de B...

(1) Paris, 27 oct. 1886, *Journ. Trib. Comm.*, 1887, p. 392.

(2) Cass. fr., 19 juin 1897, *Journ. Trib. Comm.*, 1898, p. 588.

119. — En cas de faillite de plusieurs participants, les faillites ne sont pas confondues; les diverses masses sont formées, vérifiées et liquidées séparément (1).

120. — Un participant est-il recevable à demander la faillite du gérant? La déclaration de faillite ne peut être poursuivie que par un créancier (art. 442, loi faillites). Dans leurs rapports entre eux, les membres d'une participation sont des associés. De la combinaison de ces deux principes, il résulte qu'un participant n'est pas recevable à demander la faillite du gérant, à moins qu'à la suite d'une reddition de comptes il n'ait acquis une créance à charge de celui-ci.

Ces règles ont été consacrées par la Cour de cassation de France : Attendu, dit la Cour, que la Cour d'appel a pu déclarer M... (le participant) non recevable dans la demande formée par lui contre B... (le gérant), par le motif que son intérêt dans une association (en participation) dont les comptes restaient à régler, ne le faisait pas ressortir ***actuellement*** créancier du gérant (2).

121. — Quels sont les droits du participant vis-à-vis de la faillite du gérant?

a) Il peut revendiquer les biens dont il est resté propriétaire; *b)* il peut produire à la masse, comme créancier chirographaire, pour le montant de la créance qui ressort du compte de la participation;

A) Droit de revendication.

Le participant a apporté des corps certains, des marchandises destinées à être revendues. (Voir *supra*, n[os] 33, 34, 36.) Il exerce le droit de revendication tel qu'il est réglé par l'ar-

(1) Brux., 11 juill. 1900, *loc. cit.* — Gand, 11 juill. 1883, *Pas.*, 1883, II, 380.

(2) Cass. fr., 9 févr. 1903, *Revue prat. Soc.*, 1903, p. 250.

ticle 567 de la loi sur les faillites. Il reprend les marchandises existant en nature; il revendique par préférence, à l'encontre de la masse, le prix ou la partie du prix des marchandises, qui n'a été ni payé ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant. Si le gérant a réalisé les marchandises et encaissé le prix *avant* la faillite, le montant du prix est porté au compte du participant. — Si le curateur vend les marchandises *après* la déclaration de faillite, il doit remettre le prix intégral au participant ; pour la valeur de ces marchandises, le participant n'est pas créancier *dans* la masse, mais créancier *de* la masse (1).

Après avoir exercé son droit de revendication, le participant peut produire à la faillite comme créancier, si les comptes de la participation soldent en sa faveur, il doit régler sa part de pertes, si l'association clôture en déficit.

B) Droit de production.

Pour toutes sommes lui revenant du chef de l'association, le participant produit à la masse à côté des autres créanciers ; il ne s'efface pas devant ceux-ci comme ferait un associé ordinaire, car vis-à-vis des tiers il n'a aucune obligation. D'autre part, sauf le cas où il est investi de garanties spéciales, il est colloqué au marc le franc (2).

Pour déterminer le montant de la créance du participant, il faut arrêter les comptes de la participation. Il se peut que la faillite du gérant tienne à des opérations distinctes de la participation et qu'il revienne au participant une somme supérieure à la valeur de son apport. Il se peut aussi que la

(1) Cass. fr., 5 févr. 1901, DALL. PÉR., 1902, I, 41.

(2) Gand, 19 nov. 1887, *Pas.*, 1888, II, 173. — VAVASSEUR, n° 324. — HOUPIN, t. Ier, n° 257. — POULLE, n° 153. — DALLOZ, Répertoire, v° *Société*, n° 1656 ; Supplément, n° 2025.

participation solde en déficit et que les avances du participant soient partiellement ou totalement absorbées par les pertes.

122. — On a prétendu que le participant peut produire dans la faillite du gérant pour le montant intégral de sa mise, sans qu'on puisse lui opposer sa qualité d'associé pour déduire sa part dans le passif de la participation (1).

Cette opinion est erronée. Pour fixer le montant de la collocation d'un créancier dans une faillite, il faut s'attacher à la nature du contrat qui a donné naissance à la créance.

En l'occurrence, ce contrat est un contrat de société. C'est comme associé que le participant est devenu créancier du gérant. Or, il est de l'essence de tout contrat de société de faire contribuer les associés au paiement des dettes.

Vis-à-vis du gérant ***in bonis***, le participant n'a droit à sa mise que déduction faite de la part des dettes lui incombant. Pourquoi la situation serait-elle différente quand le participant se trouve devant les créanciers, les ayants cause du gérant failli ?

On a objecté qu'il serait injuste d'admettre les créanciers personnels du gérant pour la totalité de leur créance au partage de l'avoir de la participation, et de n'admettre les participants au partage du même avoir, créé de leurs deniers, que sous déduction de leur part dans les dettes.

Cette objection perd de vue qu'il n'existe pas dans la parti-

(1) Voy. PAND. B., v° *Faillite*, n° 3015. — PIC, *Traité théorique et pratique de la faillite des sociétés commerciales*, pp. 31 et s. (Cet auteur cite en note un arrêt Cass. fr., 22 déc. 1874, DALL. PÉR., 76, I, 72. Cet arrêt se borne à déclarer qu'en principe dans la participation il n'existe pas de copropriété; que, partant, au jour de la liquidation, un associé a droit de reprendre son apport existant en nature. Cet arrêt est étranger à la question qui nous occupe.) — Trib. comm. La Rochelle, 8 juill. 1887, *Rev. prat. Soc.*, 1889, p. 93.

cipation deux patrimoines distincts : le patrimoine social d'une part, le patrimoine personnel du gérant de l'autre.

Le patrimoine tout entier du gérant constitue le gage de tous ceux qui ont une créance à sa charge, et toutes les créances, qu'elles soient nées des opérations de la participation, ou qu'elles y soient étrangères, sont, vis-à-vis de cette masse unique, placées sur le même pied. — Que si le gage des créanciers personnels s'étend aux fonds de la participation, le gage des créanciers de la participation ne comprend-il pas les biens personnels du gérant? Et dès lors où est l'injustice?

L'opinion que nous combattons est condamnée par la jurisprudence tant belge que française.

« Attendu, porte un arrêt de la Cour de Gand (1), que l'associé en participation n'est pas créancier de son coparticipant, pour les sommes qu'il a versées dans la masse commune; ... que le coparticipant peut produire le compte de la participation, et être admis au passif pour ce qui lui reste dû d'après ce compte; qu'il peut produire aussi pour ce qui lui revient à un autre titre que celui d'associé. »

Un jugement du tribunal de commerce de Gand a décidé justement que si l'actif de la participation est absorbé par les dettes, le participant, du chef de sa mise, n'a pas à produire à la masse (2). — Toutefois si le participant réclamait à la masse faillie la valeur de son apport, non plus à titre de part sociale, mais à titre de dommages-intérêts, parce que, par sa gestion

(1) Gand, 27 avril 1889, *Jur. comm. Fl.*, 1889, p. 463. — Cfr. arrêts Poitiers, 22 déc. 1887, *Rev. prat. Soc.*, 1889 p. 93. — Lyon, 1er avril 1886, *Journal des Faillites*, 1887, p. 70. — Paris, 16 juillet 1891, *Journal des Faillites*, 1891, p. 399.

(2) Comm. Gand, 13 mars 1895, *Jur. comm. Fl.*, 1895, p. 334.

imprudente ou dolosive, le gérant a perdu les fonds lui confiés, cette demande serait recevable (1) et, si elle était reconnue bien fondée, la créance du participant devrait être colloquée à côté des autres créances de la faillite (2).

123. — Paiements et partage entre participants faits dans la période suspecte (art. 445 et 446, loi faillites). — Si, en paiement de la créance du participant, le gérant failli a, pendant la période suspecte visée à l'article 445 de la loi sur les faillites, abandonné tout ou partie des biens de la participation (matériel, marchandises), cet abandon constitue un paiement par voie de cession, sujet au rapport (3).

Si, pendant la même période suspecte, et dans l'hypothèse où l'avoir de la participation appartient non pas exclusivement à l'un des participants, mais indivisément à tous, il intervient un acte de partage, cet acte peut-il être attaqué? La jurispru-

(1) Comm. Gand, 6 avril 1899, *Jur. comm. Fl.*, 1899, p. 216.

(2) Si le compte de la participation présente des complications telles qu'il n'est pas possible de l'arrêter avant la répartition des dividendes de la faillite, les créances des participants sont admises provisoirement, et le montant de la collocation (montant à déterminer éventuellement en justice) est réservé ou consigné. Cette façon d'agir est adoptée pour les créances conditionnelles (Lyon-Caen, *Précis*, t. II, nº 2690; Pandectes belges, vº *Faillite*, nº 834). Or la situation du participant est meilleure que celle du créancier conditionnel. Sa créance, en effet, ne dépend pas, comme celle de ce créancier, de l'arrivée d'un événement incertain, mais des résultats d'opérations faites de compte à demi, résultats acquis au jour de la faillite et qu'il suffit de dégager.

(3) Cour Dijon, 23 février 1885, *Journ. Trib. Comm.*, 1887, p. 712. *Contra :* Cour de Rennes, 26 octobre 1885, *Journal des Faillites*, année 1887, p. 87, et année 1888, p. 487. La Cour considère l'opération comme une opération de partage. C'est une erreur : le partage suppose une indivision; or, dans la participation, en règle générale, il n'existe pas de patrimoine indivis.

dence française, d'accord avec une grande partie de la doctrine, admet que malgré le principe qui attribue au partage un caractère déclaratif, le partage, fait pendant la période suspecte, constitue un acte à titre onéreux, susceptible d'être annulé, alors même que les créanciers n'ont pas fait opposition (1).

En Belgique, il est admis, au contraire, que le partage fait sans fraude est inattaquable (2).

TITRE III.— LIQUIDATION OU RÈGLEMENT DE COMPTES. PARTAGE.

124.— La loi du 18 mai 1873, dans sa section VIII, organise la liquidation des sociétés commerciales. Ces dispositions ne s'appliquent qu'aux sociétés personnes civiles : elles sont inapplicables aux associations momentanées et aux associations en participation (3).

Le Code de commerce de 1808 avait omis de régler la liquidation des sociétés. Le législateur de 1873 a comblé la lacune

(1) Limoges, 24 mars 1893, SIREY, 1894, II, 121, avec note. — Cass. fr., 28 mai 1895, SIREY, 1896, I, 385, avec note. — LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, nº 390. — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, t. V, p. 265. — *Contra* : ALAUZET (3e éd.), t. VII, nº 2498. — BÉDARRIDE, *Traité des Faillites et Banqueroutes*, t. Ier, nº 120*bis*.

(2) PANDECTES BELGES, vº *Faillite*, nºs 1170 et s. — BELTJENS, *Droit commercial*, t. III, *sub* art. 446, p. 351.

(3) GUILLERY, t. III, nº 1116*bis*. — BELTJENS, *Droit commercial*, t. II, *sub* art. 111, nºs 6 et 32. — MASIUS, *De la liquidation des sociétés*, *Belg. jud.*, 1891, pp. 709 et 710. — PANDECTES BELGES, vis *Association momentanée*, nº 49. — Brux., 9 févr. 1889, *Pas.*, 1889, II, 283. — Comm. Brux., 25 janv. 1895, *Pas.*, 1895, III, 37. — Comm. Anvers, 29 déc. 1898, *Rev. prat. Soc.*, 1899, p. 145. — Gand, 17 juin 1896, *Jurispr. comm. Fl.*, 1896, p. 259. — Brux., 17 juin 1901, *Journ. des Trib.*, 1901, p. 853.

en ce qui concerne les sociétés; il l'a laissé subsister pour les associations.

125. — Cette lacune ne présente pas d'inconvénients graves; alors que la dissolution d'une société proprement dite intéresse au plus haut point les tiers, la dissolution d'une association en participation leur est indifférente. Les tiers n'ont pas traité avec une société; ils ont traité avec des personnes physiques, agissant en leur propre et privé nom; que la participation disparaisse ou perdure, les tiers demeurent tenus vis-à-vis de leur cocontractant, et conservent à son égard l'intégralité de leurs droits et actions (1).

Indifférente pour les tiers, la liquidation des participations, d'autre part, au regard des associés, n'a qu'une portée restreinte.

De par sa nature, en l'absence de stipulations contraires, l'association en participation n'établit entre les associés aucun lien de copropriété susceptible de donner lieu, après la dissolution, à des opérations divisoires. Les participants sont seulement comptables les uns envers les autres des résultats des opérations entreprises pour compte commun. De même que la liquidation qui, en matière successorale, constitue le préliminaire habituel du partage, la liquidation des participations ne comporte que l'établissement d'un compte entre les intéressés; et voilà pourquoi la jurisprudence, au lieu d'employer le terme « liquidation », qui rappelle la liquidation organisée des sociétés commerciales, préfère, quand il s'agit de participation, se servir de la dénomination plus exacte de « règlement de comptes ». A la dissolution de la participation, disent divers arrêts, il y a lieu non à une liqui-

(1) Comm. Brux., 6 avril 1901, *Rev. Dr. comm.*, 1901, n° 138.

dation, mais à un règlement de comptes entre associés (1).

126. — Distinguons le règlement de comptes amiable et le règlement judiciaire.

SECTION Ire. — *Règlement amiable.*

127. — *Nomination du liquidateur amiable.* — La personne investie du règlement amiable est d'ordinaire le gérant.

Chargé par le contrat de gérer en son propre nom les opérations, faites dans l'intérêt commun, il a le droit et l'obligation de terminer ces opérations et de rendre compte de l'exécution de son mandat (2).

Que si le gérant est décédé ou frappé d'incapacité, les parties doivent nommer un autre mandataire. Cette nomination se fait à l'unanimité. — Si l'unanimité ne peut être atteinte, le compte est arrêté en justice.

128.— *Pouvoirs et responsabilité du liquidateur amiable.*

Dans le silence des conventions, le gérant liquidateur ou le mandataire désigné à sa place, a pour mission de terminer les affaires en cours, et d'arrêter les comptes.

a) Chargé de terminer les opérations commencées, le liquidateur amiable peut faire tout ce que l'accomplissement de

(1) A la dissolution de la participation, il y a lieu non à liquidation, mais à un règlement de comptes. — Voir Paris, 9 févr. 1884, 11 juin 1885, 22 novembre 1888; — Bordeaux, 8 juillet 1889; — Paris, 6 mars 1890, 30 déc. 1892; — Poitiers, 8 déc. 1892, *Rev. franç. des Soc.*, 1885, pp. 9 et 683; 1889, p. 188; 1890, pp. 139 et 255; 1893, pp. 270 et 87; — Cass. fr., 27 juin 1894 et 10 déc. 1895, SIREY, 1898, I, 460; 1899, I, 518; — Gand, 17 juin 1896, *loc. cit.* — Brux., 17 juin 1901, *loc. cit.* — VAVASSEUR, t. Ier, n° 325. — DALLOZ, Supplément, *Sociétés*, nos 2085 et s. — LYON-CAEN, t. II, n° 1070. — HOUPIN, t. Ier, no 273. — POULLE, nos 343 et s.

(2) DALLOZ, Suppl., v° *Société*, n° 2088; — PONT, n° 1938; — POULLE, n° 349.

cette mission comporte : vendre les meubles, les marchandises, etc. — Il ne peut rien faire au delà des termes de son mandat. Ainsi, il ne peut ni donner les marchandises en gage ni entreprendre des affaires nouvelles, ni faire d'autres opérations, de nature à proroger l'association (1).

b) Il doit apurer les comptes et fixer les droits respectifs des parties.

Si les comptes font ressortir des dettes d'un participant l'un vis-à-vis de l'autre, le liquidateur n'a pas à s'occuper du recouvrement. Le mandat qu'il a reçu de tous ne doit pas se retourner contre un de ses mandants et c'est aux associés eux-mêmes qu'il appartient de poursuivre leurs débiteurs.

c) Le liquidateur amiable peut-il comme tel ester en justice?

Il ne peut ester en justice ni pour compte de la participation, qui n'a pas d'existence juridique, ni pour compte des participants, nul ne plaidant par procureur.

Mais il peut ester en justice dans tous les cas où un mandataire, en cette qualité, est apte à le faire.

Ainsi il peut, agissant *nomine proprio*, agir par l'*actio mandati* contre les participants — ses mandants — pour les forcer à le mettre à même de remplir son mandat. Dans l'acte constitutif d'une participation, les associés s'étaient engagés à verser au liquidateur les sommes dont ils étaient redevables. Le liquidateur avait le droit d'agir en nom personnel contre les associés (2).

Le liquidateur peut aussi, s'il a reçu mandat *ad hoc*, agir *au nom des participants*, à condition de désigner ceux-ci dans les actes de procédure. La maxime « nul ne plaide par pro-

(1) Cfr. Cass. fr., 18 avril 1893, SIREY, 1896, I, 339.

(2) Brux., 9 févr. 1889, B. J., 1889, p. 615; — Cfr Bordeaux, 26 mai 1897, *Rev. Soc.*, 1898, 62.

cureur » n'interdit nullement d'ester en justice pour compte de tiers, mais seulement de se présenter en justice comme mandataire, sans faire connaître en même temps dans les actes de procédure la personnalité des mandants, véritables parties au procès (1). — En outre cette maxime n'est pas d'ordre public et les parties peuvent y renoncer.

La Cour d'appel de Bruxelles a admis qu'il y avait renonciation tacite, au cas où le pacte de la participation stipulait que les intérêts communs aux fins de liquidation seraient représentés par des liquidateurs, nommés en assemblée générale, et où le participant assigné avait à diverses reprises reconnu aux demandeurs la qualité de liquidateurs. Elle a déclaré recevable une demande introduite « à la requête de la participation, poursuite et diligence de ses liquidateurs (2) ».

d) *Responsabilité.*

Les liquidateurs amiables sont responsables d'après les règles du mandat. — Le liquidateur, autre que le gérant, n'est pas tenu de continuer les livres de la participation (3). Mais le défaut de comptabilité peut constituer une faute. (Pour ce qui concerne la reddition de comptes, voir *supra*, nos 66 à 70.)

SECTION II. — *Règlement judiciaire.*

129. — Si les participants ne s'entendent pas pour régler leurs comptes, ils doivent s'adresser à la justice. Ils deman-

(1) Cass., 13 avril 1889, *Pas.*, 1889, I, 179. — NYSSENS et CORBIAU, *Traité*, nos 134 et s.; — CARRÉ et CHAUVEAU, t. Ier, quest. 290 ; — GARSONNET, t. Ier, § CXIX, pp. 176 et s.

(2) Brux., 9 févr. 1889, B. J., 1889, p. 615; — Cfr Bordeaux, 26 mai 1897, *Rev. Soc.*, 1898, p. 62.

(3) POULLE, no 383.

deront non « la mise en liquidation de la participation » — ni « la nomination d'un liquidateur ». Ces expressions, quand il s'agit de participation, sont impropres; mais ils assigneront en règlement de comptes. Le tribunal peut condamner la personne comptable à rendre compte endéans un certain délai; il peut arrêter le compte lui-même, s'il a sous la main tous les éléments, ou usant de la faculté conférée par les articles 302 et 429 du Code de procédure civile, il peut commettre des experts, aux fins de dresser et d'arrêter les comptes entre parties.

Un participant avait assigné le gérant en nomination d'experts « aux fins d'examiner les livres, écritures et pièces comptables, concernant l'association ayant existé entre parties, et de dresser, pour chaque année, un état de toutes les opérations de l'association, pour, le rapport de l'expert, servir de base au règlement de comptes à intervenir entre associés ».

Le gérant prétendait que pareille action n'était pas recevable, « par application du principe que les tribunaux n'ont pas pour mission de prendre ou d'ordonner des mesures conservatoires pour établir ultérieurement les droits réciproques des parties, mais uniquement de trancher les différends qu'on leur soumet ».

Le tribunal de commerce de Gand (1) a repoussé avec raison cette fin de non-recevoir. Le droit de l'associé d'obtenir la nomination d'un expert découle du principe général, édicté à l'article 302 du Code de procédure civile, qui attribue au pouvoir judiciaire la faculté d'établir par voie d'expertise les droits respectifs de toutes les parties litigantes. En outre, en l'occurrence, le droit du participant découlait de l'obliga-

(1) Comm. Gand, 4 sept. 1897, *Rev. prat. Soc*, 1898, p. 23.

tion imposée au gérant de rendre compte de sa gestion à l'expiration de son mandat.

130. — L'expert, commis par justice, ne peut, sauf convention contraire des associés, recevoir d'autre mission que celle d'arrêter les comptes et de fixer les droits respectifs des parties l'une à l'égard de l'autre (1). Si la confection des comptes l'exige, il peut faire l'évaluation des biens.

Toute autre mission doit lui être refusée. L'expert ne peut être chargé du pouvoir d'administrer, encore moins de celui de réaliser les marchandises ou le matériel, d'acquitter les dettes; il ne peut être chargé de terminer les affaires en cours. Si le liquidateur amiable a le droit d'achever les opérations commencées, c'est en vertu d'un mandat exprès ou tacite des parties. Aucun texte de loi ne confère au pouvoir judiciaire le droit de confier à un expert semblable mission.

Un jugement avait attribué au liquiaateur d'une participation « les pouvoirs les plus étendus, résultant des lois commerciales régissant la matière des sociétés », c'est-à-dire, les pouvoirs conférés aux liquidateurs des sociétés commerciales par les articles 114 et suivants de la loi du 18 mai 1873. La Cour d'appel de Bruxelles réforma cette décision par les considérants suivants (2) :

« Attendu que les articles 111 à 121 relatifs à la liquidation des sociétés commerciales ne sont applicables qu'aux cinq espèces de sociétés prévues par l'article 2, et la doctrine se refuse à admettre qu'une société, n'ayant eu aucune existence juridique propre alors qu'elle vivait et agissait, puisse être représentée, après sa dissolution, par un liquidateur agissant au nom de la collectivité des associés;

(1) Cass. franç., 7 mai 1902 et Montpellier (arrêt), 21 juin 1901, DALL. PÉR., 1902, 1, 286.

(2) Arrêt Brux., 17 juin 1901, *Journ. Trib.*, 1901, p. 853.

» Attendu que l'on admet cependant que les associés, pour établir les comptes à dresser entr'eux après la dissolution, désignent un (ou plusieurs) experts comptables, qui agira (ou agiront) comme mandataires des associés individuels, mais non pas d'une collectivité ou entité juridique qui n'a jamais existé; et comme, au cas où les associés ne s'entendraient pas sur la désignation de ce mandataire, il faut bien que l'on sorte de cette situation, l'on est amené par la force même des choses à reconnaître au pouvoir judiciaire le droit de le nommer (1);

» Attendu, au surplus, qu'aucune loi ne défend pareille nomination; qu'il échet toutefois de restreindre les pouvoirs d'un liquidateur judiciaire nommé dans ces conditions, et de borner sa mission au règlement des comptes à établir entre les participants; que c'est donc à tort que le jugement *a quo* a attribué au liquidateur qu'il a désigné les pouvoirs les plus étendus résultant des lois commerciales régissant la matière des sociétés. »

131. — L'action en règlement de comptes est-elle recevable, lorsque le demandeur n'a pas mis tous les associés en cause?

La question a été controversée. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles (2), rendu en matière d'association momentanée, a déclaré non recevable une action intentée par un associé contre le gérant, alors que les autres associés n'avaient pas été mis en cause. Considérant, dit l'arrêt, que l'obligation de rendre compte est une obligation de faire indivisible *solutione*, en ce sens que le débiteur ne peut être astreint à rendre compte pour partie en plusieurs fois, sépa-

(1) Ce droit découle de l'article 302 du Code de procédure civile.

(2) Brux., 10 mars 1897, PAND. PÉR., 1897, n° 648.

rément à l'un ou à l'autre des intéressés, et qu'il a le droit de ne le faire qu'en une fois, pour le tout à tous les ayants droit.

La Cour de Liége n'a pas admis cette manière de voir :

« Attendu, dit-elle (1), qu'il ne s'agit pas ici d'une demande en reddition d'un compte particulier... mais d'une action en reddition d'un compte général de la gestion du liquidateur, à partir de la susdite convention ;

Attendu que l'obligation de rendre ce compte de gestion est sans doute indivisible, aux termes de l'article 1218 du Code civil, mais qu'il en résulte que chaque créancier peut en exiger l'exécution *totale* en vertu de l'article 1224 du dit Code;

Attendu que le rendant ne doit s'en prendre qu'à lui-même des inconvénients qui pourront en résulter pour lui, s'il n'a pas pris la précaution d'appeler en cause les autres créanciers ou de se faire donner décharge;

Attendu d'ailleurs que l'obligation ne devant être exécutée que par un seul débiteur, celui-ci ne peut efficacement invoquer la fin de non-recevoir, tirée de l'article 1221, n° 5 du Code civil qui vise l'indivisibilité *solutione*. »

Dans un arrêt du 24 décembre 1902 (2), rendu en cause

(1) Cour Liége, 26 juin 1901, *Pas.*, 1902, II, 22.

(2) *Journ. Trib.*, 1903, p. 22.

« Attendu que les appelants sont au même titre que les autres membres de la fédération, créanciers de l'obligation contractée par les intimés d'opérer la remise à Maerschalck des objets et deniers litigieux : or cette obligation est comme celle de rendre compte qui y est étroitement liée et en est la conséquence, une obligation de faire et partant par sa nature indivisible pour chaque objet, document ou deniers : que l'exécution peut dès lors, en vertu de l'article 1224. Code civil, être exigée par chacun des créanciers quelle que soit la quotité de son intérêt, et que par suite il n'y a pas lieu de

d'une association d'agrément, la Cour de Bruxelles s'est ralliée à cette manière de voir.

En pratique, pour prévenir toutes contestations, il est préférable de mettre en cause tous les participants; la justice peut elle-même ordonner cette mise en cause, soit à la requête d'une des parties, soit d'office. Il est en effet de jurisprudence, qu'en vertu de son pouvoir d'instruction, le juge a le droit d'ordonner, même en degré d'appel, la mise en cause de tiers, quand cette mesure est nécessaire à la solution du procès, et que le tiers appelé réunit les conditions requises pour intervenir (1).

TITRE IV. — DU PARTAGE DE LA PARTICIPATION.

132. — *Prélèvements.* — Après l'établissement des comptes, les participants peuvent-ils reprendre leur apport?

La réponse comporte une distinction :

Si l'apport n'a pas été fait en propriété et qu'il existe encore en nature, le participant le reprend.

Ainsi dans un syndicat de vente de titres, les syndicataires reprennent leurs titres invendus : après que la ventilation des ventes a été préalablement opérée.

Si l'apport a été fait en propriété, le participant, dans ses rapports avec ses coassociés (2), reprend, non sa mise en

rechercher si les appelants sont, en intentant la présente action, d'accord ou non avec tous les autres membres de la fédération. »

(1) Brux., 31 déc. 1900 et voir Brux., 17 juin 1901, *Rev. Dr. comm.*, 1901, nos 36 et 237.

(2) Nous disons « dans ses rapports avec ses coassociés ». — En effet, le participant n'a pas le droit de prélever son apport à l'encontre des

nature, mais la valeur de celle-ci en argent, sous déduction de sa part contributive aux dettes. Supposons une association dans laquelle les deux associés ont apporté chacun 10,000 francs. Les comptes accusent un solde net de 25,000 francs. — Chaque participant prélève d'abord le montant de son apport (soit 10,000 francs) et l'excédent, soit 5,000 francs, constituant les bénéfices, est réparti suivant les conditions convenues pour la répartition des gains et des pertes. — Si les comptes de l'association soldent avec un actif net de 10,000 francs, on détermine d'abord la part contributive de chaque participant dans les pertes, puis les apports sont restitués, déduction faite de cette part contributive. Si, par exemple, les statuts ont réparti les pertes par moitié, chaque associé reçoit pour solde 5,000 francs.

Cette manière d'opérer doit être suivie, quelle que soit la convention avenue entre parties quant à la répartition des bénéfices ou des pertes.

Des auteurs ont soutenu (1) que si les parties, dérogeant à l'article 1853 du Code civil, ont admis une répartition des gains et des pertes non proportionnelle aux mises, que tout l'actif, existant au moment de la dissolution, doit se partager dans la proportion conventionnellement admise pour le partage des bénéfices.

Ainsi supposons une association de trois personnes : des apports respectifs de 20,000, 30,000, 50,000 francs; une stipulation qui, malgré l'inégalité des mises, répartit les bénéfices et les gains par parts égales. Des auteurs prétendent que si à la dissolution de la société, le capital est reconstitué à

créanciers de son coassocié débiteur. Si le débiteur n'est plus *in bonis*, le participant vient au marc le franc avec les autres créanciers.

(1) Laurent, t. XXVI, no 283; — Pont, t. Ier, no 460.

100,000 francs, celui-ci se partage par tiers entre les associés.

Cette théorie est inadmissible : elle méconnait la volonté des contractants. De ce que, par des considérations personnelles, une part plus grande des bénéfices a été accordée à l'associé qui a moins apporté, il ne s'ensuit en aucune façon que son coassocié lui abandonne en outre une part de son capital. En stipulant que les gains et les pertes ne seront pas répartis proportionnellement aux apports, les associés ne visent — les termes du contrat le disent — que les bénéfices ou les pertes, c'est-à-dire ce qui dépasse le capital reconstitué ou ce qui le réduit. Ils ne visent pas le capital social lui-même, qui doit être réparti dans les proportions dans lesquelles il a été constitué (1).

133. — *Partage.* — D'ordinaire, le partage ne porte que sur les bénéfices ou les pertes; mais il peut exister entre parties un fonds commun indivis. Pour le partage, il faut, aux termes de l'article 1872, observer les règles concernant le partage des successions (2).

(1) Nyssens et Corbiau, nos 179 et s.; — Vavasseur, no 248; – Houpin, nos 121, 124 et 127.

(2) Par application de l'article 829 du Code civil, le rapport des dettes, entre associés, se fait en moins prenant, c'est-à-dire que les autres associés prélèvent sur la masse une portion égale à la dette de leur coassocié. Les associés peuvent-ils opérer ce prélèvement à l'encontre des *créanciers* de l'associé débiteur? La jurisprudence française répond affirmativement. Elle estime que les attributions faites aux associés copartageants sont reçues par eux non à titre de créanciers, mais à titre de copropriétaires. (Cass. franç., 8 févr. 1882, Dall. pér., 1882, I, 317; — Orléans, 14 mars 1883, Dall. pér., 1885, II, 25. — Cfr. en matière de succession, Verviers, 10 juin 1884, *Pas.*, 1884, III, 253.) — Cette jurisprudence est inadmissible; elle crée au profit des coassociés un droit de privilège au détriment des autres créanciers, alors qu'il n'y a pas de privilège sans texte et qu'aucun texte ne sanctionne semblable privilège. (Laurent, t. X, no 638 et Deschamps, *Du rapport des dettes*, Paris, 1889, nos 128 et s., 154 et s.)

A quelle époque remonte l'effet déclaratif du partage? (Art. 883, C. civ.) En principe, au jour de la dissolution. Toutefois, si le partage porte sur des biens mis en commun au cours de la société, le partage rétroagit à la date où l'indivision a commencé. Si le partage comprend des immeubles, qui, au regard des tiers, sont la propriété personnelle et exclusive d'un associé, le partage ne peut produire d'effet rétroactif à l'encontre des tiers (1).

---

(1) Lyon-Caen et Renault t. II, n° 1071; — Poulle n°s 403 et 404.

CHAPITRE SIXIÈME

De la compétence et de la Prescription.

SECTION I. — *De la Compétence ratione materiæ.*

134. — *Contestations entre associés ou entre associés et gérants : a)* L'article 12, § 2, de la loi du 25 mars 1876 soumet à la juridiction des tribunaux de commerce « les contestations entre associés ou entre administrateurs et associés pour raison d'une société de commerce ».

Cette disposition s'étend non seulement aux sociétés commerciales, visées à l'article 2 de la loi du 18 mai 1873, mais en outre aux associations commerciales, indiquées à l'article 3 de la même loi (1).

Cette opinion s'appuie sur le texte, qui est général, sur l'esprit de la loi, le législateur étendant par présomption la nature commerciale du groupe aux contestations surgissant dans son sein (2) — sur les antécédents historiques. L'ordonnance de 1673, le Code de commerce de 1808 déféraient toutes les contestations entre associés à la connaissance des arbitres.

(1) Arrêts Brux., 20 déc. 1876 et 2 juin 1898, *Pas.*, 1878, II, 348 et 1899, II, 7.

(2) Rapport de la commission extra-parlementaire, *Doc. Parl.*, p. 44, note 6; WAELBROECK : *Compétence civile*, pp. 175 et s.

Sous l'empire de l'ordonnance (1) et du Code (2), cette règle s'étendait aux participations. — En portant l'article 12 de la loi de 1876, le législateur n'a pas déclaré que rompant avec la tradition, il donnait à la nouvelle disposition une portée restreinte.

b) L'article 12, § 2, ne s'applique que pour autant que l'association soit commerciale; c'est-à-dire ait pour objet de faire des actes de commerce. Les syndicats financiers d'émission ont un caractère commercial (3); par contre révètent un caractère civil les syndicats créés en vue de la constitution de sociétés pour l'exploitation de gisements de pétrole, l'acquisition ou l'exploitation de mines (4).

135. — *Contestations entre tiers et participants.* — Ces contestations ne sont pas visées par l'article 12 § 2 de la loi sur la compétence. Elles relèvent du tribunal de commerce ou du tribunal civil suivant que le participant assigné a fait ou non acte de commerce; notamment au cas où le participant est poursuivi en responsabilité, pour avoir induit le tiers en erreur (voir nos 97 et s.), suivant que le quasi délit lui imputé, a dans son chef un caractère commercial ou civil.

SECTION II. — *De la compétence ratione loci.*

136. — Aux termes de l'article 41 de la loi sur la compétence, les sociétés sont assignées devant le juge du lieu où elles ont leur principal établissement.

(1) Cassat. fr., 14 juin 1815, DALLOZ, vo *Arbitrage sub.*, no 114, note.

(2) Brux., 27 déc. 1810, 24 déc. 1818, 3 janv. 1819, 9 mars 1822; Cass. franç., 28 mars 1815 dans DALLOZ, vo *Arbitrage*, nos 163 et s.; — NAMUR : *Cour de Droit commercial*, t. II, p. 697 (edit 1866).

(3) Brux., 2 juin 1898 et Com. Brux., 11 janv. 1900, *Revue Droit com.*, 1899, no 14 et 1900, n 32.

(4) Brux., 23 juill. 1900 et 14 nov. 1900, *Revue Droit comm.* 1901, nos 5 et 48.

Cette disposition, la doctrine et la jurisprudence l'affirment (1), est inapplicable aux sociétés en participation.

Dans l'élaboration de la loi, le législateur a manifesté son opinion d'une manière non équivoque. Se ralliant à une déclaration faite par M. de Lantsheere, Ministre de la Justice, M. Dupont, rapporteur de la commission, s'exprima comme suit : « Ne faut-il pas insérer dans l'article les mots « capables d'ester en justice » pour indiquer que le projet ne s'applique pas aux sociétés civiles ordinaires, à toutes les associations ne jouissant pas de la personnification civile ? La commission estime, d'accord avec M. le Ministre, que c'est inutile. En définitive, le projet reproduit l'ancien article 59 § 5 du Code de procédure et sous l'empire de cette disposition on n'a jamais accordé aux sociétés civiles des droits que la loi leur refuse (2). »

D'ailleurs, comment les articles 41 et 44 pourraient-ils être appliqués, puisque la participation, à défaut d'existence juridique, n'a pas de domicile légal ?

137. — Les associés, sans dénaturer le caractère de la participation, peuvent convenir qu'un siège social, différent du domicile personnel des participants, sera établi et deviendra le centre de leurs opérations ; cette stipulation n'est que l'exercice de la faculté, ouverte à tous les contractants par l'article 111 du Code civil et l'article 43 de la loi sur la compétence, de faire choix d'un domicile spécial, attributif de juridiction pour l'exécution des conventions.

(1) BONTEMPS, *sub* art. 41, no 2 et 3 ; — BORMANS, II, no 824 ; — GUILLERY, t. III, no 1059 *bis* ; — BELTJENS, *Code de Proc. civ.* : Loi sur la compétence, art. 41 ; — VAN MEENEN et DE VOS, t. Ier, p. 153 ; — Gand, 29 nov. 1877, *Pas.*, 1878, II, 68 ; — Civ. Mons, 12 février 1893, *P. P.*, 1894, no 1356 ; — *contrà*, Comm. Gand, 6 oct. 1877, *B. J.*, t. XXXV, p. 1358.

(2) CLOES, *Commentaire législatif de la loi du 25 mars 1876*, nos 363 et 372.

L'effet de la stipulation est limité aux parties contractantes, et ne s'étend pas aux tiers (1).

Comme tous les éléments du contrat de participation, cette stipulation peut être prouvée par toutes voies de droit, témoins et présomptions compris (2). Il a été jugé qu'elle peut s'induire d'une clause de l'acte social, confiant à X... en sa demeure la garde de tous les titres intéressant l'association (3).

SECTION III. — *De la prescription.*

138. — Les prescriptions de cinq ans et d'une année, établies par l'article 127 de la loi sur les sociétés, ne peuvent pas être invoquées par les associés en participation.

Cette opinion, qui n'est contestée ni en doctrine, ni en jurisprudence, s'appuie sur une déclaration formelle de M. Pirmez, rapporteur de la loi (4).

« Dans les associations en participation et dans les associations momentanées, a dit Pirmez, il n'y a que des obligés personnels, ayant traité eux-mêmes, il n'y a aucune raison de faire exception (quant à la prescription) aux principes généraux » (5).

---

(1) BONTEMPS, *l. c.*, art. 41 ; — Brux., 15 fév. 1861, *B. J.*, 1861, p. 763 ; — Cfr. DALLOZ, Suppl., vis *Compétence des trib. d'arrondissement et d'appel*, nos 43 et s., *Société*, nos 2231, 2232.

(2) Cass fr., 6 mars 1877, DALL. PÉR., 1877, I, 103.

(3) Cass. fr., 16 juill. 1901, *Revue fr. des Sociétés*, 1901, p. 487.

(4) GUILLERY, t. III, no 1257 ; — NAMUR, t. II, no 1349 ; — Comm. Anvers, 30 janv. 1893, *J. Trib.*, 1893, 217 ; — Comm. Gand, 4 sept. 1897, *Revue Prat. Soc.*, 1898, p. 23.

(5) GUILLERY, *Comment. lég.*, II, no 82.

CHAPITRE SEPTIÈME

L'association commerciale en participation devant le droit fiscal.

SECTION I. — *Droit d'enregistrement* (1).

139. — *Constitution de l'association en participation.*

L'article 68, § 3, nº 4 de la loi du 22 frimaire an VII tarife au droit fixe de sept francs les actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes. Cette disposition s'applique aux associations en participation. En effet, l'expression « actes de sociétés » est employée par le législateur de l'an VII avec une acception générale : elle

(1) Nous n'examinons, d'une manière sommaire, ici, que quelques questions spéciales aux participations. En ce qui concerne le droit d'enregistrement et les sociétés en général, voir particulièrement Etude de M. SCHICKS (*Revue pratique Sociétés,* 1893 : *Du droit d'enregistrement dans ses rapports avec la société)* et Répertoire de GARNIER, vº *Société.*

Voir des cas d'application en matière de sociétés en participation :

Décision belge, 28 janv. 1875, *R. G.*, 8397.

Verviers, 11 août 1875, *R. G.*, 8403,

Tr. Seine, 14 févr. 1874, *Journ. Enreg.*, nº 12427.

Tr. Pontoise, 9 déc. 1869, *R. G.*, 7547.

Cass. fr., 13 nov. 1872, *R. G.*, 7880.

Tr, Seine, 22 avril 1876, *R. G.*, 8623.

embrasse toutes les collectivités qui ont le caractère de société à but lucratif, sans distinguer entre celles qui sont revêtues de l'individualité juridique et celles qui ne le sont pas. Or, au moment de la rédaction de la loi de frimaire, les associations en participation étaient considérées par la doctrine et la jurisprudence, comme de véritables sociétés. Elles s'appelaient « sociétés en participation », « sociétés anonymes »; partant leur constitution donne ouverture au droit fixe de 7 francs (1).

La jurisprudence est en ce sens.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation de France (2), qu'il importe peu que l'association en participation ne constitue pas un être moral auquel puisse être transmise la propriété des apports de chaque associé; le droit établi par la loi de 1872 (3) restant un droit fixe bien que gradué, est perçu non sur la transmission de la propriété des apports, mais sur le fait même des apports et de la formation de la société; que vainement on voudrait prétendre que dans les sociétés en participation, il n'y a pas à proprement parler d'apports, puisque chaque associé reste propriétaire de sa mise.

Attendu en effet qu'aux termes de l'article 1833 Code civil, toute société suppose un apport fait par chaque associé; qu'il en est en ce point des associations relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, telles que les associations en participation, comme des autres sociétés. »

(1) GARNIER, Répertoire, v° *Société*, n° 120.

(2) Cass., 30 déc. 1884 et *Pas. fr.*, 1886, p. 760; — SIREY, 1885, p. 201.

(3) Le droit fixe uniforme de 7 francs établi par la loi de frimaire, a été remplacé en France en 1872 par le droit gradué. Mais la loi de 1872 s'est bornée à changer le taux du droit sans modifier les conditions d'exigibilité.

Les actes d'adhésion à la participation sont soumis au droit fixe de fr. 2.40 (droit perçu sur les actes complémentaires), si les statuts prévoient l'accès de nouveaux membres; — au droit de 7 francs (droit de société), si l'adjonction de membres nouveaux n'a pas été prévue dans le pacte social.

140. — *Cession de parts.* — Le tarif réduit de 0.65 p. c., prévu à l'article 69, § 2, n° 6, pour les cessions d'actions et de parts d'intérêts, ne s'applique qu'aux sociétés commerciales, personnes civiles; il est inapplicable aux associations en participation (1).

La cession des parts dans une participation donne ouverture au droit proportionnel, droit qui varie d'après la nature des biens cédés.

Dans l'application du droit, il faut tenir compte de la situation des associés par rapport à la propriété des biens de la participation.

L'association en participation n'a pas d'individualité juridique; d'ordinaire même, elle ne crée pas entre ses membres un patrimoine indivis. — Chaque participant reste propriétaire de sa mise (sauf quand celle-ci consiste en numéraire) et des acquisitions faites en son nom. — Vis-à-vis du gérant, le participant possède une action en reddition de compte.

Voyons les conséquences de ces règles en droit fiscal :

Si le participant, qui est resté propriétaire des biens par lui apportés ou acquis, ou d'une part indivise dans les biens acquis au nom des associés par le gérant, vend ces biens ou cette part soit à un tiers, soit à un coparticipant, le droit pro-

(1) Cfr. MATON, *Principes*, t. II, n° 773. — RODENBACH, *Dictionnaire : Actions dans les sociétés*, n° 4, et *Cession d'actions*, n° 152. — SCHICKS, *loc. cit.*, nos 106 et s. — SCHICKS, *Dictionnaire*, v° *Cession d'actions*, n° 5. — Décision belge, 20 janvier 1877, *Rec. gén.*, n° 8693.

portionnel, variant d'après la nature des biens cédés, est perçu comme si la participation n'existait pas.

Si, — alors qu'il n'existe pas d'indivision entre participants, et que la propriété des biens est concentrée dans les mains du gérant, — un participant vend ses droits sociaux, comprenant notamment le droit d'obtenir des comptes, cette cession, qui, en définitive, doit se résoudre en une obligation de somme d'argent, est passible du droit de 1.40 °/o sur le prix et les charges (1).

141. — *Acte de dissolution et Partage.* L'acte constatant la dissolution de la participation est passible du droit fixe de 7 francs. S'il contient en outre le partage des biens qui dépendent de l'association, il est dû un second droit de 7 francs (2).

L'acte de partage qui se borne à répartir entre les participants les bénéfices de la participation, donne lieu à la perception du droit fixe de 7 francs, s'il est fait sans soulte ni retour; si les bénéfices n'existent qu'en numéraire, la répartition qui en est faite donne ouverture au droit fixe général de fr. 2.40.

Si les biens apportés par un associé ou acquis par lui en nom personnel sont attribués à un autre associé, il y a transmission à titre onéreux : et comme dans la participation, il n'y a pas, en règle générale, d'indivision, le droit de vente est perçu sur la totalité des biens transmis. Ainsi, si des immeubles acquis par le gérant en son nom, au cours de l'association, sont attribués à un associé en paiement de sa part dans les bénéfices, l'acte donne ouverture au droit de mutation immobilière sur la valeur des biens cédés.

Si des biens ont été acquis indivisément au nom des parti-

(1) Cfr. GARNIER, v° *Cession Transport de créances* n° 43. (*Cession de droits d'auteur*).

(2) *Rec. gén.*, 11431, Déc. belge, 3 mai 1890.

cipants, l'acte qui leur attribue ces biens dans la mesure de leur part sociale est un acte de partage : fait sans soulte, il est enregistré au droit fixe.

Bien plus, si les biens ont été acquis divisément au nom des participants, il n'y a pas même d'indivision et l'acte qui constate la remise à chaque participant de la portion à laquelle il a droit est passible du droit fixe général de fr. 2.40.

Si sur le terrain appartenant en propre à un associé ou acquis par lui en nom personnel, l'association a élevé des constructions, ces constructions, en vertu des règles de l'accession, appartiennent au propriétaire du fonds : si lors de la dissolution de l'association, le propriétaire du terrain retient les constructions, le fisc n'est pas fondé à réclamer des droits. Si les constructions sont attribuées en tout ou en partie à un autre associé, le droit de mutation est exigible (1).

SECTION II. — *Droit de succession.*

142. — En principe, le participant reste propriétaire de l'apport fait par lui à l'association. Ce bien fait partie de sa succession; les droits de succession sont perçus comme si l'association n'existait pas.

Il en est de même du bien acquis par le participant en nom personnel, au cours de l'association, alors même que le bien est acquis des deniers de ses coassociés.

Si les coparticipants ont créé entre eux une indivision des apports et des acquisitions, cette indivision est opposable au fisc, à condition que l'acte de participation en vertu duquel l'indivision est créée, ait été enregistré ou que l'acquisition ait été faite au nom personnel des participants.

(1) GARNIER, *loc. cit.*, n° 309.

Si l'acte d'association n'a pas été préalablement enregistré et que l'acquisition a été faite au nom d'un des participants, les droits sur la valeur intégrale du bien sont dus par les héritiers du propriétaire apparent.

Partant, si la succession de l'associé décédé s'ouvre en ligne directe, on devra déclarer les immeubles situés en Belgique, et les créances et rentes hypothéquées sur des immeubles sis en ce royaume dont le défunt était propriétaire, soit à titre personnel, soit à titre d'associé en participation et suivant les distinctions faites ci-devant. L'action *ex-socio* en reddition de comptes ne doit pas être déclarée, à moins qu'elle ne soit garantie par une hypothèque en Belgique. Si la succession est échue en ligne collatérale ou à des personnes non parentes, tous les biens délaissés par le *de cujus*, y compris l'action *ex-socio*, sont sujettes au droit de succession établi par la loi du 27 décembre 1817.

SECTION III. — *Droit de timbre.*

143.— Les actes d'association en participation sont assujettis au droit de timbre de dimension (Code du timbre, art. 9).

L'écrit par lequel un associé en participation, signant au nom de cette participation, crée un chèque à son profit personnel, ne constitue pas un titre bénéficiant de l'exemption accordée par l'article 67 87° du Code du timbre. L'association en participation n'ayant pas d'individualité distincte de celle des associés, cet écrit constitue une quittance soumise au timbre de quittance (1).

(1) Déc. 8 nov. 1882 n° 11243o, rappelée par THOMAS et SERVAIS, *Code du timbre*, n° 1445.

Table des Matières

AVANT-PROPOS 1

CHAPITRE PREMIER

Aperçu historique 7

TITRE I. — Origines et droit italien. 7
1. — Origines. La commande 7
2. — La commande bilatérale et la commandite 9
3. — La commande unilatérale et la participatio 13
4. — La participatio dans le droit italien, et spécialement dans le droit gênois. 15

TITRE II. — Ancien droit français 17
5. — La participation dans ses rapports avec la commandite 17
6. — La participation ou « société anonyme » d'après les auteurs de l'ancien régime 20
7. — Caractères de la participation 21

TITRE III. — Le Code de commerce de 1808. 23
8. — La participation sous le régime du Code de commerce 23

TITRE IV. — Loi belge et législations étrangères 25
9. — La participation et l'association momentanée dans la loi belge 25
10. — La participation dans les législations étrangères . . 27

CHAPITRE DEUXIÈME

Définition — Caractères. - Propriétés. 29

11. — Définition. 29
12. — *Premier caractère*. La participation est une association occulte. Conséquences : Interdiction de l'action conjointe et de l'usage d'une raison sociale 29
13. — Il ne faut pas exagérer « la clandestinité ». — *a*) Emploi d'une firme sociale 31
14. — *b*) La participation ne doit pas rester inconnue du public 31
15. — *Deuxième caractère*. La participation est un compte de profits et de pertes 34
16. — Elle ne comporte pas nécessairement l'existence d'un fonds indivis 34
17. — *Troisième caractère*. Est-ce une société? — Objections tirées des travaux préparatoires de la loi de 1873 . 37
18. — Réponse à ces objections 38
19. — Objection tirée de l'article 1832 du Code civil. — Réponse 41
20. — *Quatrième caractère :* Elle ne jouit pas de l'individualité juridique. — Conséquences 42
21. — Participations et syndicats. — Syndicats entre riverains. — Syndicats de défense de prix 43
22. — Syndicats financiers d'émission. — Leur caractère . 44
23. — Association en participation et participation aux bénéfices 48

CHAPITRE TROISIÈME

Conditions de constitution. — Modes de preuve 49

TITRE I. — Conditions de constitution 49
24. — Conditions générales de fond et de forme 49
25. — Capacité. — Participation entre époux 50
26. — Objet de la Participation. 51
27. — Cause licite. — Licéité des syndicats d'émission . . 52
28. — Apports 58
29. — A qui appartient la propriété des apports. — Théories diverses 57
30. — Volonté expresse ou tacite des parties quant à la propriété des apports 58
31. — Dans le silence des parties, chaque apporteur reste propriétaire de sa mise 59
32. — Exception pour les apports en numéraire faits au gérant 60
33. — Apport de marchandises destinées à être revendues . 60
34. — Propriété des acquisitions 62
35. — A qui appartient la propriété des titres souscrits par un syndicat ? 63
36. — Qui est propriétaire des titres dans un syndicat financier de vente ? 65
37. — Et dans un syndicat de garantie ? 66
38. — La participation peut-elle créer des actions à ordre ou au porteur ? — Jurisprudence 67
39. — Objections 69
40. — Réfutations 69
41. — La création d'actions à ordre ou au porteur est permise. — Conséquences 73

TITRE II. — Preuve de la participation commerciale 74
42. — Principes : art. 5, loi de 1873 74

SECTION I. — Modes de preuve du droit civil. 75
43. — *a*) Acte authentique 75

44. — *b*) Acte sous seing privé 75
45. — *c*) Aveu, serment, interrogatoire sur faits et articles. 76

SECTION II. — Modes de preuve du droit commercial 77
46. — *a*) Les livres de commerce 77
47. — *b*) La correspondance. 78
48. — *c*) La preuve testimoniale 79
49. — *d*) Présomptions 79

SECTION III 80
50. — La loi ne règle que la preuve des associations en participation. Les divers modes de preuve sont admis pour tout ce qui concerne la participation 80

SECTION IV 81
51. — Modes de preuve à l'usage des tiers 81

CHAPITRE QUATRIÈME

Du fonctionnement de l'association en participation

83

TITRE I. — De l'administration 83
SECTION I. — Nomination, révocation et démission du gérant . 83
52. — Nomination du gérant 83
53. — Révocation et démission du gérant 84

SECTION II. — Pouvoirs du gérant 86
54. — Principes 86

§ 1er. — Pouvoirs du gérant par rapport aux choses sociales 86
55. — Actes extra-judiciaires et Actes judiciaires 86
56. — Restrictions 87

§ 2. — Pouvoirs du gérant vis-à-vis des associés. . . 89
57. — *a*) Exiger les apports 89
58. — *b*) Le gérant peut-il réclamer le remboursement immédiat de ses avances ? 89
59. — *c*) Peut-il réclamer un salaire? 90
60. — *d*) Peut-il déléguer ses fonctions ? 91

SECTION III. — Obligations et responsabilité du gérant . . . 92
61. — Principe 92
62. — *a*) Conséquences. Il doit rester dans les limites de son mandat 92
63. — *b*) Apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille 93
64. — *c*) Il est tenu à certaines réserves, s'il fait le même commerce que celui de la participation 93
65. — *d*) Doit-il tenir une comptabilité spéciale ? 94
66. — *e*) Il doit rendre compte 95
67. — Époque de la reddition des comptes 95
68. — Mode de reddition des comptes 96
69. — Dispense de reddition des comptes 96
70. — Force obligatoire du compte rendu 99

SECTION IV. — Droits des associés vis-à-vis des gérants . . . 100
71. — Peuvent-ils attaquer les actes du gérant ? 100
72. — Peuvent-ils faire tierce opposition ou interjeter appel des jugements rendus contre le gérant ? 100
73. — Peuvent-ils opposer leur veto aux actes du gérant ? 101
74. — Ils peuvent contrôler et vérifier les actes de gestion et les écritures 101
75. — Restrictions et renonciation au droit de contrôle et de vérification 102
76. — Droit d'exiger des comptes 104

SECTION V. — Pluralité de gérants 104
77. — Règles. 104

TITRE II. — Des rapports des associés entre eux 105
78. — Principe 105

SECTION I. — Obligations des associés quant aux apports, aux remboursements et aux risques. 105
79. — Obligations quant aux apports 105
80. — Intérêts dus sur apports non réalisés. 106
81. — Remboursements 107
82. — Répartition des risques 107

SECTION II. — Répartition des gains et des pertes 109
83. — Liberté des contractants — Art. 1855 du Code civil . 109
84. — Omission d'une répartition expresse, soit des bénéfices, soit des pertes 110
85. — Omission d'une répartition expresse des bénéfices et des pertes. Art. 1853 du Code civil. 110
86. — Inapplicabilité de l'art. 1853 du Code civil au cas de versements successifs 112
87. — Le participant est tenu *in indefinitum* des pertes, sauf convention contraire. 113
88. — Répartition des pertes provenant de l'état d'insolvabilité d'un participant. 113

SECTION III. — Du droit de céder la part sociale et de faire des sous-participations. 115
89. — Cession faite de l'assentiment des coassociés . . . 115
90. — Cession et sous-participation faites sans l'assentiment des coassociés 116
91. — Effets entre parties. 116
92. — Effets vis-à-vis de la participation principale . . . 117
93. — Effets vis-à-vis des créanciers du cédant. 118

TITRE III. — Des rapports entre les associés et les tiers 119

SECTION I. — Droits des tiers contre les participants. Règles communes à toutes les participations. 119
94. — Principes. — Les tiers n'ont pas d'action directe contre les participants inactifs 119
95. — *Quid*, si plusieurs participants agissent conjointement? 120
96. — Les tiers n'ont pas l'action directe *de in rem verso* . 121
97. — Ils ont une action directe contre les participants qui ne se tiennent pas dans les termes d'une simple participation. Base juridique de cette action directe 123
98. — Conditions de fondement de cette action directe . . 125
99. — Exemples empruntés à la jurisprudence. 126
100. — Étendue de l'action en responsabilité. 128
101. — Demande en nullité de la convention du chef d'erreur substantielle 129

102. — Les faits d'immixtion des participants ne transforment pas la participation en société collective . . . 129

SECTION II. — Quelle est au regard des tiers la responsabilité des syndicats d'émission? 130

§ 1er. Obligations contractuelles 130
103. — a) Vis-à-vis de la société émissionnaire 130
104. — b) Vis-à-vis des acquéreurs de titres 131

§ 2. — Responsabilité légale 132
105. — Principes de cette responsabilité 132

SECTION III. — Sur quels biens les tiers créanciers peuvent-ils agir? 135
106. — Sur quels biens les tiers peuvent-ils agir? — Distinctions 135

SECTION IV. — Droits des participants contre les tiers. . . . 136
107. — Les participants ne peuvent pas actionner directement les tiers. — Exception. 126

CHAPITRE CINQUIÈME

De la disparition de la participation, du règlement des comptes et du partage. 139

TITRE I. — De la disparition de la participation 139

SECTION I. — Nullité de la participation 139
108. — Causes de nullité et conséquences 139

SECTION II. — Résiliation du contrat de participation 140
109. — Comment opère cette résolution? — Théorie de Laurent 140
110. — Théorie de Larombière. — Jurisprudence . . . 141

SECTION III. — Dissolution de la participation 143
111. — Principe. 143
112. — Causes personnelles aux participants. — Controverse. 144
113. — Assimilation à la mort naturelle de la cessation d'existence d'une personne juridique 145

114. — Dissolution provenant du mariage des participants. 145
115. — L'exclusion d'un participant est-elle possible? . . 146

TITRE II. — De la faillite de la participation et des participants . 147
116. — La participation comme association ne peut être déclarée en état de faillite 147
117. — Déclaration en faillite du gérant et des participants inactifs 147
118. — Exemples empruntés à la jurisprudence. 148
119. — En cas de faillite de plusieurs participants, les masses ne sont pas confondues 150
120. — Un participant est-il recevable à demander la faillite du gérant 150
121. — Droits du participant vis-à-vis de la faillite du gérant 150
122. — Opinion erronée quant au montant pour lequel le participant peut produire à la faillite du gérant. Réfutation 152
123. — Payements et partages faits entre participants pendant la période suspecte. 154

TITRE III. — Liquidation ou règlement des comptes. — Partage . 155
124. — Inapplicabilité aux participations de la section VIII de la loi du 18 mai 1873 155
125. — La liquidation des participations ne regarde pas les tiers : entre associés l'association ne donne lieu qu'à un règlement des comptes 156
126. — Deux espèces de règlements : amiable et judiciaire . 157

SECTION I. — Règlement amiable. 157
127. — Personne chargée du règlement amiable 157
128. — Pouvoirs et responsabilité du liquidateur amiable . 157

SECTION II. — Règlement judiciaire 159
129. — Droits du pouvoir judiciaire. 159
130. — Mission de l'expert, liquidateur judiciaire 161
131. — Conditions de recevabilité de l'action en règlement des comptes. — Faut-il mettre en cause tous les participants ? 162

TITRE IV. — Du partage de la participation 164
132. — Des prélèvements des apports 164
133. — Des opérations du partage 166

CHAPITRE SIXIÈME

De la Compétence et de la prescription 169

SECTION I. — Compétence *Ratione Materiæ* 169
134. — Des contestations entre associés ou entre gérant et associés d'une participation 169
135. — Contestations entre tiers et participants 170

SECTION II. — De la compétence *ratione loci* 170
136. — Règles. 170
137. — Convention d'élection de domicile. 171

SECTION III. — De la Prescription 172
138. — Règles. 172

CHAPITRE SEPTIÈME

L'association commerciale en participation devant le droit fiscal 173

SECTION I. — Droit d'enregistrement. 173
139. — Constitution de la participation : Adhésion de nouveaux membres 173
140. — Cession de biens et de droits sociaux. 175
141. — Acte de dissolution et de partage 176

SECTION II. — Droit de succession 177
142. — Règles générales 177

SECTION III. — Droit de timbre 178
143. — Acte constitutif. — Chèque créé par un participant au nom de la participation 178

ERRATA ET ADDENDA

Page 8, ligne 12, au lieu de ixe siècle, *lire* xe siècle.

Page 13, ligne 1, ajouter après « modernes » : au moins dans ses traits essentiels.

Page 31, ligne 8, au lieu de sous une firme sociale, *lire* sous une firme comprenant en sus de son nom une indication sociale.

Page 34, note 1, ligne 6, ajouter après « contribuerait » : ni aux pertes.

Pages 41 et 46, au lieu de toute entière, *lire* tout entière.

Page 57, note 2, au lieu de nos 123 et 142, *lire* 121 et 140.

Page 60, ligne 7, au lieu de indiquions, *lire* indiquons.

Page 69, ligne 24, au lieu de société des personnes, *lire* société de personnes.

Page 136, note 2, au lieu de arrêt 1874, *lire* : 1864.

Page 139, dans le titre et pages 150, 159, 160 et *passim*, titre III, au lieu de règlement de comptes ou reddition de comptes, *lire* règlement ou reddition des comptes.

Page 143, note, au lieu de Il n'est pas fondé, *lire* X. n'est pas fondé.

Page 147, note (dernière ligne) au lieu de son opinion, *lire* cette opinion.



